REINALDO DE FRANCISCO FERNANDES

RELAÇÕES DE EMPREGO E (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS: PROPOSTA DE MODULAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

TESE DE DOUTORADO EM DIREITO DO TRABALHO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo, 2014

REINALDO DE FRANCISCO FERNANDES

RELAÇÕES DE EMPREGO E (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS: PROPOSTA DE MODULAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Tese apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social, sob a orientação do Professor Titular Nelson Mannrich.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Faculdade de Direito

São Paulo, 2014

BANCA EXAMINADORA

_____

Orientador: Professor Titular Nelson Mannrich

_____

_____

_____

_____

Dedico este trabalho à Isabela e à Letícia, heranças de Deus em nossas vidas.

AGRADECIMENTOS

A Deus, agradeço pela vida, saúde e oportunidade de ampliar meus horizontes, por viabilizar os meios adequados para a realização deste trabalho e por suprir todas as minhas necessidades enquanto a pesquisa consumia boa parte do meu tempo.

Ao Professor Nelson Mannrich – grande inspirador –, um agradecimento muito especial pelo sucesso profissional alcançado e, sobretudo, pelo caráter e exemplo de vida a ser seguido. Ao não hesitar em abrir as portas de sua casa aos alunos da Pós-graduação para o congraçamento e união, propiciou o fortalecimento da relação entre os colegas orientandos, fruindo dali grandes amizades. As viagens acadêmicas pela Itália, Espanha e Portugal viabilizaram o valoroso contato dos alunos com as instituições europeias de ponta, permitindo relevante desenvolvimento de todos aqueles que o seguiram. Depois de ter sido seu aluno por sete anos, aqui se encerra um ciclo que grava de maneira definitiva a forma especial de pensar o Direito. As palavras não são suficientes para demonstrar o agradecimento e a honra de trilhar os caminhos por ele traçados nessa jornada acadêmica.

Aos meus colegas de escritório, cuja carga de trabalho lhes foi ampliada justamente para que esta pesquisa pudesse ser realizada, expresso também meus agradecimentos. Parte significante deste estudo deve-se aos amigos Francisco de Assis Garcia, Lincon Thomann, Luana Mantovani, José Ricardo Ramponi, Luis Renato Vedovato e Tamires Santos.

Aos meus pais Wagner e Sueli, agradeço pelo investimento na formação do meu caráter, pelo valor ao estudo e por terem me mostrado o caminho a seguir.

À minha esposa Rejane, meu muito obrigado por aceitar minhas limitações como marido; limitações essas agravadas pelos longos períodos de ausência dedicados à pesquisa e à formulação desta tese de doutoramento.

RESUMO

As relações de emprego, após a Revolução Industrial, evidenciaram a desigualdade dos sujeitos do contrato de trabalho. A intensa preocupação com essa desigualdade traduziu-se em um modelo de contrato de trabalho em que o Estado participa ativamente de suas cláusulas deixando às partes mínimas possibilidades de exercer a autonomia da vontade. O mundo moderno tratou, no entanto, de criar relações de emprego em que a subordinação, ingrediente altamente responsável por esse dirigismo estatal, já não tem a mesma força. A essas relações diversificadas, o Direito ainda não possui respostas apropriadas. As negociações coletivas, como alternativa à natural morosidade do processo legislativo e à fragilidade do empregado singularmente considerado, apresentam-se muito apropriadas à autorregulação das condições de trabalho. Essa tese tem por finalidade examinar as transformações do mundo do trabalho de modo a propor novo olhar sobre as relações individuais especiais e as relações coletivas sem, contudo, perder a essência do pensamento jurídico sobre as relações de trabalho, demonstrando a viabilidade de coexistência de proteção em harmonia com essas referidas transformações, suportadas nas normas constitucionais, nos tratados internacionais, bem como na comparação com a evolução experimentada pelos países europeus escolhidos em face da evolução legislativa recente e que podem, como fizeram no passado, contribuir para a modernização da legislação brasileira. A análise privilegia tanto as relações individuais especiais como as relações coletivas do trabalho reguladas pelo Decreto-Lei nº 5.452/1943.

Palavras-chave: Autonomia. Subordinação. Alto empregado. Negociações coletivas. Dirigismo contratual. Derrogação.

ABSTRACT

Employment relations, after the Industrial Revolution, showed the inequality of parties. The intense concern with this inequality resulted in a model of employment contracts in which the state participates actively in their terms leaving the parties minimal possibilities to exercise freedom of choice. The modern world has tried, however, to create employment relationships in the subordination ingredient largely responsible for this state control, no longer has the same force. The diversified relationships has not appropriate responses by the Law. The relevance of collective bargaining as an alternative to natural slowness of the legislative process and the fragility of the employee singularly considered, appears very appropriate to the self-regulation of working conditions. This study aims to synthesize interpretation able to propose new vision for the special individual relations and collective relations, but without losing the essence of legal thinking on labor relations, showing the viability of the coexistence of protection with development, backed the rules constitutional, international treaties, as well as in comparison to the evolution experienced by selected countries in the face of recent legislative developments that may, as they did in the past, contributing to the upgrade of Brazilian law. The analysis focuses on both special individual relationships such as collective labor relations regulated by the Law no. 5.452/1943.

Key words: Autonomy. Subordination. High employee. Collective bargaining. Contractual interventionism. Derogation.

RIASSSUNTO

I rapporti di lavoro, dopo la Rivoluzione Industriale, hanno sottolineato la disparità tra soggetti. La preoccupazione intenso con questa disuguaglianza determinato un modello di contratti di lavoro in cui lo Stato partecipa attivamente nei loro termini lasciando le parti minime possibilità di esercitare la libertà di scelta. Il mondo moderno ha cercato, invece, di creare rapporti di lavoro nel principio di subordinazione in gran parte responsabile di questo stato di orientamento, non ha più la stessa forza. Ai questi rapporti diversificati la legge non hai ancora risposte adeguate. La rilevanza della contrattazione collettiva come alternativa alla lentezza naturale del processo legislativo e la fragilità del dipendente singolarmente considerato, sembra molto appropriato per l'auto-regolamentazione delle condizioni di lavoro. Questo studio mira a sintetizzare l'interpretazione in grado di proporre nuovo look per le speciali relazioni individuali e relazioni collettive, ma senza perdere l'essenza del pensiero giuridico sui rapporti di lavoro, e dimostra la possibilità di coesistenza di tutela con lo sviluppo, sostenuto in disposizioni costituzionali, trattati internazionali, così come nel confronto con l'evoluzione vissuta dai paesi selezionati a fronte dei recenti sviluppi legislativi che possono, come hanno fatto in passato, contribuendo al potenziamento della legislazione brasiliana. L'analisi si concentra su entrambi i singoli rapporti speciali, quali rapporti collettivi di lavoro disciplinati dal decreto-legge n° 5.452/1943.

Parole chiave: Autonomia. Subordinazione. Dirigenti, Quadri, Contrattazione Collettiva. Dirigismo contrattuale. Deroga.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12

Capítulo 1 – AS FUNÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO 20

1.1 Função e Ordem Pública 20

1.2 O Direito do Trabalho e a Ordem Pública Social 26

Capítulo 2 – A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS 35

2.1 Considerações sobre a Indisponibilidade dos Direitos 36

2.2 O Tema na Perspectiva das Relações Individuais 37

2.3 O Problema da Confissão de Direitos Indisponíveis 55

2.4 O Problema da Prescrição de Direitos Indisponíveis 58

2.5 A Tese da Gradação da Indisponibilidade: Indisponibilidade Relativa 63

2.6 Relação entre Direitos Indisponíveis e Ordem Pública 66

2.7 O Núcleo de Direitos Indisponíveis 81

2.7.1 Saúde e a Vida no Trabalho 84

2.7.2 Dignidade da Pessoa que Trabalha 87

2.7.3 Direitos da Personalidade 88

2.7.4 Direitos Individuais Sindicais (In)disponíveis 92

2.8 O Tema na Perspectiva das Relações Coletivas 100

Capítulo 3 – AS ESPÉCIES DE RELAÇÃO DE EMPREGO E A MODULAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE 132

3.1 A Importância da Distinção 132

3.2 Relação Típica de Emprego: Subordinação em Evidência 136

3.3 Relações de Emprego Excepcionadas pela Lei: Mitigação da Proteção Estatal 141

3.3.1 Trabalhadores Domésticos 141

3.3.2 Atletas Profissionais 146

3.3.3 Empregados Públicos 157

3.3.4 Altos Empregados 166

Capítulo 4 – PROPOSTA DE VALIDADE JURÍDICA DA MODULAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE 184

4.1 Análise da Visão Tradicional 184

4.2 Necessário Rompimento: Proposta para Reconhecimento da Modulação da Autonomia da Vontade 187

4.2.1 Capacidade do Agente, Forma Prescrita ou não Vedada por Lei, Objeto Lícito 191

4.2.2 Boa-fé 193

4.2.3 Respeito Irrestrito ao Núcleo Indisponível de Direitos 194

4.2.4 Limitação das Alterações Lesivas no Curso do Contrato Individual de Trabalho – Respeito ao Artigo 468 195

4.2.5 Especial Atenção aos Altos Empregados 204

CONCLUSÃO 221

REFERÊNCIAS 227

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	Alternative Dispute Resolution
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CIPA	Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EPI	Equipamentos de Proteção Individual
FGTS	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IR	Imposto de Renda
OIT	Organização Internacional do Trabalho
SAT	Seguro de Acidentes de Trabalho
Senac	Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial
Senai	Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial
Sesc	Serviço Social do Comércio
Sesi	Serviço Social da Indústria
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho

INTRODUÇÃO

O estudo das relações de trabalho desenvolvido nesta tese conduz o leitor ao reconhecimento histórico-social da necessidade de intensa proteção estatal do trabalhador. Essa constatação sugere um cenário de limitação da autonomia da vontade e um insistente intervencionismo, introduzido, no Brasil, pela influência da legislação italiana do período fascista e que, ainda hoje, obriga as partes, na relação de emprego, a trilhar por um caminho bem delimitado de regras, princípios e possibilidades que só admitem a contratação nos contornos preestabelecidos.

No caso das relações coletivas, o cenário se modifica. Existe grande apreço pelo desenvolvimento sindical, lastreado na liberdade e no equilíbrio de forças que autorizariam as contratações de modo mais abrangente e sem as amarras protecionistas do Estado. Saliente-se, contudo, que esse desenvolvimento não encontra, no sistema brasileiro, grande espaço, quer pelas restrições da unicidade sindical e contribuição compulsória que mantêm os sindicatos em letargia, quer pela constante presença do dogma protecionista que assegura forte influência dos princípios protetores mesmo diante das modernas relações de trabalho.

O resultado desse quadro é um inexorável subdesenvolvimento sindical, manutenção do lamentável sistema de dependência estatal e baixa qualidade regulamentar, com medidas ultrapassadas que impõem às relações de emprego uma vestimenta que já não lhe serve mais, causando desconforto e insatisfação.

A marca da resistência é o temor pelo retrocesso, que revitalizaria a opressão econômica sobre os trabalhadores desprovidos de uma representação de classe, verdadeiramente apta a enfrentar um mundo fora da redoma criada pelo Estado.

Atenta a esse cenário, a presente tese limita-se a investigar as relações individuais e coletivas do trabalho reguladas pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) na perspectiva de, enquadrando de modo apropriado o Direito do Trabalho no momento

contemporâneo, identificar em que medida a proteção desenhada na década de 1940 se ajusta ao modelo de relações de trabalho da atualidade. Pautada nas experiências de outros países, esta tese se propõe a identificar, no plano coletivo das relações de trabalho, como a participação sindical vem transformando a história por meio da *concertação* e do *diálogo* social.

Ainda no plano individual das relações de trabalho, tem-se como propósito investigar em que medida as pesadas vestes da restrição da autonomia da vontade se encaixam no modelo de relações de trabalho dinâmico e evoluído, em que as espécies de empregado se multiplicam em número e em complexidade.

Esta tese de doutoramento se justifica pelo interesse na revisitação dos critérios metodológicos que aparelharam a doutrina nas assertivas passadas ao longo do tempo, dando conta que os direitos decorrentes da relação de emprego são revestidos de caráter de indisponibilidade, a configurar instransponível área à autonomia da vontade. É necessário contextualizar as aludidas assertivas e os dogmas diante das constantes mudanças nas relações sociais vividas neste começo de século. Citem-se crises econômicas, "novos Direitos", relações de trabalho contemporâneas, internacionalização da mão de obra, multiculturalismo, entre outros fatores que mudaram o posicionamento das relações de trabalho e acerca dos quais o Direito não pode ser mero espectador.

O estudo se limita à análise dos direitos oriundos da relação de emprego, e a expressão "relação de trabalho" é apenas ocasionalmente utilizada – e sempre como sinônimo.

O inaceitável volume de ações na Justiça do Trabalho, que, em vez de promoverem, acabam por violar direitos fundamentais, em razão dos constantes e inescusáveis atrasos, também justificam o estudo destinado a identificar em que medida os dissídios decorrentes da relação de emprego podem ser resolvidos fora do sistema monopolizado de solução de conflitos, mediante o adequado enquadramento da natureza desses direitos trabalhistas.

A autonomia da vontade nas relações individuais e coletivas de trabalho e a imperatividade da lei trabalhista constituem o cerne do presente estudo e com base nele é que se propugna por uma interpretação que permita enquadrar os direitos trabalhistas em

uma proposta que considere a evolução das relações de trabalho, sem perder de vista a principiologia que orienta o Direito do Trabalho, dentro e fora do Brasil.

O presente estudo utiliza como fonte de pesquisa a doutrina, a jurisprudência e a legalislação pertinente ao tema abordado, o que implica reconhecer o predomínio do confronto dialético com o objetivo de se estabelecer um raciocínio que comporte a superação desse confronto, identificando, quando possível, pontos que são argumentos reconhecidos ou validados pela doutrina.

A pesquisa utiliza-se, ainda, de apontamentos jurisprudenciais, de extrema relevância, especialmente nos dias atuais em que a práxis judicial ganha cada vez mais importância na construção da dogmática.

Por fim, saliente-se que o método comparativo também dá suporte ao estudo, quer mediante experiências vividas pelo pesquisador – por meio dos encontros organizados pelo Professor Nelson Mannrich –, na qualidade de estudante nos cursos presenciais na Universidade de Barcelona, na Espanha, e na Universidade de Modena e Reggio Emilia, na Itália, quer pela pesquisa bibliográfica de países escolhidos pela evolução legislativa recente e que podem, como fizeram no passado, contribuir para a modernização da legislação brasileira.

Embora quase todos os manuais busquem enquadrar o Direito do Trabalho entre as diversas naturezas jurídicas conhecidas, resultando daí conclusões sobre a indisponibilidade ou não de seus preceitos, reconhece-se, com certa facilidade, o paradoxo vivenciado por essa área do Direito, na atualidade. A visão tradicional do dirigismo contratual pouco contribui para a geração de emprego, para o respeito à lei e para a redução do crescente número de demandas trabalhistas na Justiça do Trabalho. Na mesma medida em que cresce o volume das ações judiciais, aumenta a diversidade de estratégias adotadas pelo Judiciário para conter ou reduzir o aludido volume. É comum ver campanhas para conciliação judicial, homologações de acordos e outras medidas que visam mais à melhoria das estatísticas do que à solução de um problema visceral da sociedade hodierna, qual seja, a debilidade sindical e a judicialização das relações de trabalho.

Discute-se, aqui, a invalidade da transação ou das renúncias dos direitos trabalhistas visando tão somente à proteção do trabalhador. É, no entanto, comum encontrar, diante do

juízo estatal, sob o manto do princípio conciliador que envolve o processo do trabalho, acordos homologados sem reconhecimento da relação de emprego, mesmo quando flagrantemente demonstrada pelas provas orais e documentais produzidas no processo. Essa flexibilidade nos acordos acaba, muitas vezes, por comprometer interesses de terceiros (*v.g.*, Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS), com a falta de recolhimento de outros tributos, como o Seguro de Acidentes de Trabalho (SAT), Imposto de Renda (IR), além do conhecido sistema "S" – Sesc, Sesi, Senai e Senac[1] –, alimentando um paradoxo inaceitável que mantém o sistema de violação de direitos, constituindo um triste cenário de engodo e leniência.

Com isso, o estudo ganha relevância ao apontar para a insuficiência do modelo de proteção unidirecional e insensível à diversidade de relações, que se afasta da realidade na mesma medida em que se torna cruel, mantendo ao mesmo tempo sob o jugo do Estado empregados atípicos e sindicatos, subdesenvolvendo-os e incapacitando-os, afastando-os das experiências do cotidiano, que, se não são boas, ao menos são reais e os preparam para a revolução global do trabalho em andamento, da qual o Brasil, por certo, não será excluído.

Para contemplar os objetivos propostos, a tese está estruturada em quatro capítulos, além da Introdução e da Conclusão.

No Capítulo 1, o estudo tem por finalidade identificar a dificuldade de enquadramento adequado do Direito do Trabalho entre as possibilidades e tendências doutrinárias. Essa dificuldade deve mostrar-se presente em especial justamente quando se verifica a influência da autonomia da vontade quer na contratação, quer na transação de direitos.

A função do Direito do Trabalho requer, portanto, adequada referência para que se possa caminhar pelos institutos e princípios que a doutrina se encarregou de construir. Com base nela, será possível concluir-se pela necessidade – ou não – da visão reformadora do Direito do Trabalho.

---

[1] Serviço Social do Comércio (Sesc), Serviço Social da Indústria (Sesi), Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (Senai) e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac).

Nesse particular, a tese parte da tendência de outros sistemas em reconhecer a natureza complexa em que se insere o Direito do Trabalho. Essa complexidade impele o estudo a admitir que o referido Direito, embora pertencente à esfera do Direito Privado, conserva em si certa natureza de ordem pública, consoante doutrina autorizada. Essa ordem pública na qual se insere o Direito do Trabalho, no entanto, também não é a ordem pública padrão, aquela que o Código Civil francês tornou intangível aos particulares; ao contrário, trata-se de uma espécie que permite a interação dos particulares na sua construção, caracterizando-a, assim, como de natureza privada, mas *de ordem pública social*.

É dessa premissa que se inicia a pesquisa dos contornos e limites da autonomia privada na construção de uma proposta que a viabilize, sem com isso comprometer a feição protetora do Direito do Trabalho.

No Capítulo 2, o tema da indisponibilidade é estudado com profundidade. O Liberalismo como fonte marcante da autonomia da vontade dos contratantes, passando pelos Estados corporativistas de grande apelo social até os dias atuais das *gerações de direitos*, em que a valorização dos entes sociais como os sindicatos ganha destaque, servem de cenário para a construção do raciocínio sobre a indisponibilidade – ou não – dos direitos nas relações de emprego. A supremacia econômica do empregador que oprime a livre manifestação da vontade do empregado é o ingrediente que motiva boa parte da doutrina a reconhecer a indisponibilidade dos direitos, mas essa momentânea condição de desvantagem não se encontra presente em todas as relações nem sensibiliza a legislação em todas as espécies de relação de emprego.

No plano individual a tese se propõe a analisar a necessidade da restrição imposta pela dogmática jurídica, reafirmando o interesse da sociedade em manter a presença do Estado nas relações típicas de emprego.

O confronto com a praxe conduz, no entanto, ao reconhecimento da contradição existente entre intervenção estatal e admissão da autonomia da vontade. Ao mesmo tempo em que se resiste à autonomia plena, não se pode admitir a violação constitucional da liberdade, o que resulta no conflito objeto de análise no Capítulo 2.

Por fim, esse capítulo se propõe a reconhecer a existência de um grupo de direitos considerados indisponíveis *tout court*, grupo esse que, dada sua relevância e supremacia, constitui pilares que não podem admitir a disposição desses direitos pelo titular.

Não obstante a questão apontada, o enfoque limitante da autonomia da vontade vem comprometendo o desenvolvimento das negociações coletivas na medida em que cresce a corrente restritiva da capacidade negocial no plano coletivo, restando pouco a se fazer por meio das relações sindicais.

Com a perspectiva de superação da simples intervenção estatal protecionista e restritiva da autonomia da vontade, que permite ao Estado regular as garantias mínimas, relegando aos grupos e a certos empregados em determinadas circunstâncias a regulação específica, construiu-se o referido Capítulo 2 cujo enfoque aponta a posição da doutrina tanto brasileira como estrangeira, em particular a europeia, que, sem dúvida, vem experimentando importante mudança nesse aspecto, na expectativa de redesenhar suas fronteiras para o aprimoramento do ideal desenvolvimentista.

Experiências como as vivenciadas pelo Direito francês e pelo italiano, que introduziram a concertação social como fenômeno inclusivo para solução das questões do mercado de trabalho e a permissão para reforma *in pejus* do novo Direito do Trabalho português, vêm apresentando modelos que devem receber maior atenção da cultura jurídica brasileira.

Com amparo no estudo do Direito dos países europeus como Itália, Espanha, Portugal e França, reformado recentemente, procede-se ao confronto dessas ideias com o sistema brasileiro por meio da análise doutrinária, legal e jurisprudencial, a fim de desvendar em que medida o sistema pátrio se relaciona com os demais, estabelecendo, nessa relação, proposta de adequação.

No Capítulo 3, são delimitadas certas espécies de relação de emprego cujo dirigismo contratual não encontra contornos semelhantes àqueles ínsitos nas chamadas relações de emprego típicas, em que a subordinação é sua marca determinante. Nas espécies de relações de emprego destacadas no referido capítulo depara-se com situações nas quais a relevância ou o foco do legislador está direcionado ao empregador, o que autoriza, *ex lege*, menor incidência de proteção e, por consequência, resguarda certa

parcela de autonomia às partes ou, em uma visão menos otimista, confere maior poder ao empregador de estabelecer condições menos favoráveis.

Casos como os do empregado doméstico, dos atletas profissionais e dos empregados públicos são analisados na perspectiva de identificar o elemento que os diferencia dos demais e apontar, de modo inequívoco, a fragilidade das assertivas de que os direitos da relação são indisponíveis ou, como pretende parte da doutrina, relativamente indisponíveis.

Esse confronto contribui para justificar a crítica de que os direitos da relação de emprego são indisponíveis isoladamente e, somado à análise de institutos como os da confissão, prescrição, transação em juízo, bem como do tratamento dispensado a eles pela legislação estrangeira, ambos constituem argumentos relevantes para respaldar as assertivas que se seguem nos Capítulos 3 e 4.

Nesse ponto, a tese deve apontar para a necessidade de se admitir que as relações de emprego compõem uma miríade de possibilidades que transformam os limites e dão novo contorno a ideias como as da dignidade, proteção, não retrocesso social, bem como mostra um cenário de cores mais vivas em vez da proposta monocromática reinante na dogmática atual, que insiste em esconder esse flagrante antagonismo de sistemas que ora conferem ampla proteção, quase irrestrita e ilimitada, ora, em momentos como os das relações apontadas no referido Capítulo 3, restringem de tal maneira certos direitos, que muitos consideram, nesses casos, haver incompatibilidade constitucional desses preceitos.

No Capítulo 4, a modulação da autonomia da vontade nas relações de emprego é proposta de maneira sistemática, enfocando, em especial, a estrutura necessária para sua viabilidade jurídica. Antes, porém, a tese apresenta a visão tradicional sobre o tema da disposição dos direitos, com a finalidade de demonstrar a manutenção da tendência restritiva e indiferente às relações atípicas de emprego, mas também com o propósito de apontar a divergência existente na visão tradicional, clamando pela análise de um novo ponto de vista.

Nesse ponto, a presente tese propõe a adoção de mecanismos que permitam a segurança jurídica necessária para a prática da proposta, com esteio não apenas na inviolabilidade do núcleo de direitos indisponíveis, mas também na adoção de formas

experimentadas pelo Direito estrangeiro, como a certificação do Direito italiano, sempre na perspectiva de respeito ao princípio da primazia da realidade que impede a celebração de pactos fraudulentos ou que, ao longo do contrato, mostram-se diversos do antes celebrado.

O reconhecimento da autonomia coletiva para firmar acordos derrogatórios de instrumentos normativos hierarquicamente superiores também é proposto nesse momento da pesquisa, não apenas porque a Constituição normatizou esse princípio no artigo 7º, inciso XXVI, mas também por respeito às normas internacionais (Convenções nºs 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho – OIT), bem como pela nítida evolução legislativa comparada que se apresentou nos capítulos anteriores.

Por derradeiro, os principais pontos abordados são retomados na Conclusão com o propósito de, refletindo sobre eles, ratificar as argumentações desenhadas no decorrer da tese que justificam o reconhecimento histórico-social da necessidade de intensa proteção estatal do trabalhador, mas essa intensidade não se verifica uniforme em todas as espécies de relação, razão pela qual se mostra adequada a modulação da autonomia da vontade.

Capítulo 1

AS FUNÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO

1.1 Função e Ordem Pública

A função do Direito do Trabalho apresenta-se como quesito indispensável ao desenvolvimento deste estudo à medida que as conclusões sobre a indisponibilidade ou não dos direitos trabalhistas passam pela análise e identificação do estágio atual da visão da sociedade sobre as normas de caráter laboral, permitindo ou não sua submissão à vontade do titular.

O fim do Direito é a paz. Com essa afirmação, ainda sob a luz do século XIX, Ihering estabeleceu um objetivo perseguido pelo Direito[2]. Assim, ao reconhecer como válida a assertiva do jurista alemão, todo aquele que se dedicar a desvendar os mistérios finalísticos do Direito, por meio dos diversos processos da hermenêutica, deve orientar-se por esse ideal.

Com o Direito do Trabalho não é diferente. Sabe-se que a relação de trabalho constitui-se em uma das espécies de relação mais conflituosas da sociedade contemporânea. A paz nessa tempestuosa relação é um dos fins, ou uma das funções mais relevantes do Direito do Trabalho.

A consecução desse objetivo dá-se pela imperatividade da lei, uma vez que, ao reconhecer o desequilíbrio entre os partícipes dessa relação – ao menos no plano das relações de trabalho individual –, o legislador laboral superestima a proteção do trabalhador com o propósito de impedir que a supremacia econômica do empregador o subjugue a ponto de comprometer o livre exercício de seu direito.

---

[2] IHERING, R. von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 27.

No Direito do Trabalho a paz almejada é obtida, ou ao menos buscada, com a profunda e intensa atuação do Estado. A história que se seguiu à Revolução Industrial mostra com clareza essa escalada da atuação estatal na proteção direcionada ao trabalhador, mitigando, paulatinamente, o desequilíbrio de forças entre os partícipes daquela relação.

A despeito dessa característica especial do Direito do Trabalho que qualifica o meio para cumprimento da função pacificadora, é indispensável reconhecê-lo como um Direito não alienado ao sistema jurídico, mas que, ao contrário, o integra, influenciando e sendo influenciado por esse sistema.

Embora o Direito do Trabalho possua métodos diferenciados de perseguir o fim esperado, continua sendo movido pelo mesmo fim comum do sistema jurídico, quer seja a paz, pela ordem, ou por qualquer outro fim que se possa atribuir ao Direito.

Tão difícil como encontrar uma descrição clara da função do Direito do Trabalho na atualidade é identificar sua natureza jurídica; contudo, função e natureza jurídica denotam estar umbilicalmente ligadas na medida em que sua natureza pode contribuir para revelar seu objetivo.

Saber se a relação de trabalho é mero intercâmbio de prestações – serviços e pagamentos –, ou se essa relação traz consigo valores além daqueles puramente mercantis, alcançando patamares de direitos humanos[3], faz toda a diferença quando se procura conhecer seus limites e descobrir sua vocação para a solução não estatal dos conflitos originados nessas relações.

Trabalho dos mais árduos é enquadrar de modo adequado um ramo do Direito nas tradicionais classificações[4].

Cite-se, *v.g.*, a tentativa de classificar o Direito entre os hemisférios público e privado, originalmente desenhado no Direito Romano (*jus publicum* e *jus privatum*), instituída por Ulpiano, em que o pesquisador enfrentará a difícil tarefa de alocar o Direito

---

[3] GARMENDIA ARIGÓN, M. *Ordem pública e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p 77/78.

[4] GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21.

do Trabalho entre esses dois termos. Diz-se que referida classificação baseava-se em um critério teleológico[5].

É necessário reconhecer que essa classificação binária vem sofrendo, nos tempos atuais, importantes questionamentos diante da fusão de interesses promovida pelas revoluções sociais vivenciadas pela humanidade, bem como pela técnica jurídica que cada vez mais se utiliza de termos inovadores, incompatíveis para uso nos conceitos clássicos.

Essas transformações sociais impuseram ao Direito uma nova temática no tocante à classificação de seus ramos. Com as "gerações" de direitos prega-se uma classificação mais aberta do que as tradicionais conceituações polarizadas. A primeira geração representa o conjunto de liberdades públicas, a segunda indica o conjunto de proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais e, agora, tem-se a terceira geração como sendo a proteção dos direitos da solidariedade, tais como o direito ao desenvolvimento, à paz, à participação nos recursos comuns da humanidade, ao meio ambiente etc.[6].

Os direitos sociais, nesse cenário, comporiam os direitos de segunda geração.

Hoje é comum encontrar o emprego da expressão *interesse público* para definir os interesses sociais, os indisponíveis ou até mesmo os de grupo.

Na concepção tradicional, a expressão *interesse público* tem estreita ligação com a presença do Estado – *v.g.*, as normas de Direito Penal e Administrativo –, em oposição às concepções de interesse social em geral, ambas associadas à ideia de coletividade ou sociedade civil[7].

Esse predomínio do binômio Estado-cidadão sucumbiu diante do florescimento de novos focos de poder decorrentes da ascensão dos corpos intermediários e dos interesses a

---

[5] CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 25.

[6] ROMITA, A. S. Legitimação ordinária do sindicato. *Revista LTr*, Rio de Janeiro, 1992. p. 56.

[7] Pontes de Miranda ensinava que Direito público era todo aquele que evidenciasse a "intensidade do intêresse do Estado no Direito [...] quando o Estado legisla sôbre pessoas entre si, é de Direito privado a norma que edita. Por isso mesmo, se o Estado figura como pessoa, à semelhança das outras, e não como Estado, na relação jurídica, as relações entre êle e outras pessoas são de direito privado, e de direito privado as normas respectivas" (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938. v. I, p. 54/56).

eles relacionados, que não se confundem com nenhum daqueles campos, mas constituem gênero diverso.

Cesarino Júnior, ainda sob a influência do pensamento tradicional, ao buscar sua definição para o Direito do Trabalho, concluiu ser ele parte de uma espécie diversa das então vigentes, compondo um *tertium genus*.

Importante é a assertiva do autor em comento ao ensinar que

> "[...] o Direito Social, dados os seus característicos já enunciados, se opõe a todo direito anterior, tanto público como privado, não sendo, portanto, nem público, nem privado, nem misto, mas um *tertium genus*, uma terceira divisão do Direito, que se deve colocar ao lado das outras duas conhecidas até aqui e que chamamos de *Direito Social*"[8].

Esse entendimento, no entanto, não encontrou unanimidade na doutrina. Evaristo de Moraes Filho foi um dos críticos da teoria de Cesarino Júnior, chegando a afirmar que "pouco, nada ou quase nada significa à sugestiva expressão de direito social"[9].

Evaristo de Moraes Filho, ao propor uma natureza *unitária* ao Direito do Trabalho, reconhece a dificuldade de seu enquadramento na sistemática tradicional e diz que a arrumação das normas não é perfeita e, por vezes, situações novas tendem a não se encaixar no consagrado ajuste de determinada disciplina. É o que acontece, com recorrência, com os novos direitos[10].

Entende-se que o mesmo sucede quando Magano assevera ser *eclética* a natureza desse Direito, sendo referida afirmação oriunda da presença de normas de natureza pública e de natureza privada, impedindo acomodá-lo tranquilamente em uma ou outra[11].

A complexidade e divergência no tocante à natureza jurídica não deve induzir o estudioso do Direito a abandonar a tentativa de classificá-lo, considerando-se que essa identificação contribuirá para a construção coerente do raciocínio jurídico, dado que a

---

[8] CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 1, p. 68.

[9] MORAES FILHO, E. de; MORAES, A. C. F. de. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995. p. 137.

[10] Ibidem, p. 116.

[11] MAGANO, O. B. O direito do trabalho e a ordem pública. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 12, dez. 1995, p. 1.600.

classificação pressupõe o reconhecimento do conjunto de princípios e dogmas que equipam aquele objeto de estudo.

É verdade que a interferência do Estado na regulação do Direito do Trabalho na fase originária desse ramo conferiu-lhe flagrante caráter público. Não se ignora, todavia, que a evolução das relações sociais, das liberdades e dos direitos fundamentais, impingidos pelas duas Guerras Mundiais e pela globalização da economia, modificou o foco de proteção do Direito do Trabalho, migrando de uma proteção à vida e saúde, à liberdade de trabalho, de igualdade de tratamento, de proteção das jornadas excessivas e do trabalho do menor, além do estabelecimento de um mínimo remuneratório, para um ideal desenvolvimentista e de geração de empregados em quantidade e qualidade, além da promoção da sindicalização, com normativas internacionais, atingindo o momento da *concertação* e do diálogo social[12].

Sabe-se que os defensores da natureza pública do Direito do Trabalho enfatizam que as normas sobre fiscalização do trabalho e a sólida presença de normas de *jus cogens* é que caracterizam a natureza desse ramo, mas, em resumo, os privatistas consideram que a origem civilista do contrato de trabalho e a autonomia da vontade presente na contratação impedem o reconhecimento da natureza do Direito do Trabalho como pública. Da mesma forma, sabe-se que a limitação para as mudanças no contrato de trabalho afeta apenas as reformas *in pejus*, conservando-se a autonomia da vontade para as demais modificações.

Orlando Gomes, ao escrever sobre a natureza jurídica do Direito do Trabalho, aduz que, se a divisão dos ramos do Direito fosse baseada no binômio público-privado, e se para definir em qual desses grandes grupos se encontra determinado Direito o intérprete se baseasse na natureza do *interesse protegido*, forçosamente concluiria que o Direito do Trabalho é de natureza pública, em face da predominância pública de sua regulação. O próprio autor salienta que a aludida definição, contudo, não deve ter como referência apenas o interesse protegido, mas o fim a que se destina[13].

---

[12] Segadas Vianna apresenta a posição de Georges Scelle, o qual, em uma síntese feliz, afirma: "no princípio foi a lei do patrão; hoje é a lei do Estado; no futuro será a lei das partes" (SÜSSEKIND, A. L. et al.. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2, p. 1.150).

[13] GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 22-23.

É fundamental importância reconhecer que a natureza de um Direito não pode ser aprisionada no tempo e no espaço, impondo rígida e compulsória classificação. Há normas que em determinado momento e lugar devem ser consideradas de natureza pública, mas que em outro momento ou circunstância assumem feição privada, mesmo sem nenhuma alteração em seu texto legal.

No feliz exemplo de Evaristo de Moraes Filho, a religião já foi considerada norma de natureza pública. O artigo 5º da Constituição Imperial brasileira determinava que "a religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do Império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo". Somente em 1891, esse texto foi retirado da Constituição. O trabalho, por sua vez, que não constava em nenhuma das Constituições concebidas até aquela época, passou a integrar a Constituição de 1926, permanecendo no Texto Maior até os dias atuais[14].

A técnica hermenêutica utilizada pelo operador do Direito diante de um texto pode variar, a depender da natureza jurídica do direito objeto da análise[15]. Eis a relevância de se identificar de maneira apropriada sua natureza e função.

Consoante ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento,

> "Se admitida a validade metodológica da distinção entre direito público e privado, o direito do trabalho seria ramo do direito privado, porque não vincula cidadão ao Estado. Regula interesses imediatos dos particulares; é pluricêntrico, emanando de fontes internacionais, estatais e não estatais, tanto a convenção coletiva de trabalho como o contrato individual do trabalho não se desvincularam do âmbito do direito privado."[16]

Embora se reconheça a primazia privada das relações de trabalho, não se deve ignorar a inequívoca feição social de suas normas, o que o diferencia dos *puros* Direitos privados, dada a alta interferência do Estado na regulação das relações de trabalho, conferindo-lhe qualidade especial.

---

[14] MORAES FILHO, E. de; FLORES MORAES, A. C. de. *Introdução ao direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 117/118.

[15] SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1, p. 114.

[16] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a. p. 357.

1.2 O Direito do Trabalho e a Ordem Pública Social

O *plus* social na qualidade do Direito do Trabalho induz o presente estudo a questionar a posição desse Direito como inserido no conceito de ordem pública.

Para Arnaldo Süssekind, esses direitos se relacionam com o princípio da ordem pública, que os equipara às normas jurídicas mais protegidas pelo Estado democrático de Direito[17].

Em recente defesa de doutorado, Ricardo Aprigliano[18] apresentou importante diferença entre os direitos conhecidos como de ordem pública e aqueles chamados *indisponíveis*.

Para esse autor, há direitos de ordem pública que não são indisponíveis, enquadrando-os de forma diversa – talvez seja esse um caminho a ser percorrido para classificar melhor o Direito do Trabalho[19].

Miguel Reale, ao referir-se às normas de ordem pública, como sendo aquelas que ocupam o grau máximo de imperatividade, salienta que nem sempre essa classificação é definida pelo legislador, como o faz o Código Civil ao tratar das nulidades do ato jurídico, por afrontar normas inafastáveis pela vontade da parte. Outras vezes, informa o doutrinador, essa gradação máxima de imperatividade pode ser atribuída mediante evolução doutrinária ou jurisprudencial[20].

---

[17] Arnaldo Süssekind afirma que, embora seja o Direito do Trabalho classificado como privado, suas normas regulam condutas de interesse e natureza pública, atraindo a imperatividade a suas estipulações e fazendo parte do complexo de normas de ordem pública, "que não se confunde, portanto, com o direito público" e sua imperatividade "representa, isto sim, elemento indispensável à eficácia da maioria das normas do Direito do Trabalho" (SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, p. 199).

[18] APRIGLIANO, R. de C. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

[19] Aprigliano alerta que "a ordem pública não é incompatível com a disponibilidade sobre certos aspectos do direito, nem com renúncia ou transação. Da mesma forma, os atos praticados em violação à ordem pública não necessariamente importarão em nulidade absoluta, pois muitas vezes esta solução, de cominar de nulidade tais atos, não chega a solucionar adequadamente o problema" (ibidem, f. 24).

[20] Ibidem, f. 132/133.

Essa afirmação torna o tema ainda mais tormentoso e instigante, pois no âmbito do Direito do Trabalho é comum, na doutrina e na jurisprudência, o conflito sobre a classificação dos direitos laborais quer como norma indisponível, quer como norma dispositiva.

Na obra *Contratos*, Orlando Gomes admite a dificuldade de conceituar de maneira adequada os interesses de ordem pública ao explicar que as regras pertencentes a essa natureza são aquelas que regulam interesses essenciais do Estado ou da coletividade, ou aquela que fixa, no Direito privado, os fundamentos sobre os quais repousa a ordem moral de determinada sociedade[21].

O conceito de ordem pública é vasto e impreciso. Para Cretella Neto, trata-se de um conceito ao mesmo tempo controvertido e inesgotável, mutável no tempo e no espaço[22], pois a ordem pública "sempre diz respeito a tudo quanto se considera como indispensável à manutenção da ordem social"[23].

Fato é que, desde o Código Civil francês, em 1804[24], cujo artigo 6º estabeleceu que "on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs"[25] – redação que permanece até os dias atuais –, a ciência jurídica vem procurando estabelecer os limites do conceito de ordem pública.

Sabe-se que esse conjunto de normas, mais precisamente de regras[26], compõe-se de um rol de interesses mais preciosos de uma sociedade e, por isso mesmo, está sempre em evolução.

---

[21] GOMES, O. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 28.

[22] CRETELLA NETO, J. *Das cláusulas típicas dos contratos internacionais do comércio*. 2009. Tese (Concurso de Professor Titular) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. f. 889.

[23] DELGADO, J. A. *A ordem pública como fator de segurança*. Brasília: BDJur, 2007. p. 20. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10215>. Acesso em: 21/11/2013

[24] Assevera-se, ainda, que a expressão *ordem pública* foi extraída do Direito Romano e se encontrava no *Digesto*, na máxima "*privatorum conventio juri publico non derrogat*" (GARMENDIA ARIGÓN, M. *Ordem pública e direito do trabalho*, p. 17). Tradução livre para este estudo: "Não se pode derrogar, por convenção de particulares, normas de ordem pública".

[25] Tradução livre do original para este estudo: "não pode haver derrogação, por convenções particulares, das leis que interessam à *ordem pública* e à moral" (sem grifo no original).

[26] Reconhece-se aqui que a ordem pública não está necessariamente adstrita ao Direito positivo, possuindo, assim, efeito *transcendente*, como bem ressalta Mario Garmendia Arigón (op. cit., p. 40/41), mas o presente

Para determinada sociedade certo conjunto de valores é tão relevante para o seu equilíbrio que ele é alçado a um patamar diferenciado de proteção e atenção. Esse mesmo conjunto de valores pode, para outra sociedade, ser também considerado importante, mas não a ponto de se destacar. Em razão disso, afirma-se não ser a ordem pública um conceito fechado e imutável.

É comum deparar, nos países democráticos de Direito, menção à ordem pública, sem, contudo, estabelecer, *ex lege*, seu conceito; tarefa atribuída à ciência jurídica de cada região e sociedade – o que explica a dificuldade de se encontrar um conceito adequado do que venha a ser ordem pública.

O Código Civil brasileiro faz cinco referências à ordem pública, cada qual apontando para um efeito diverso[27].

O próprio Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei nº 8.078/1990), legislação moderna e interessada nessa supervalorização trazida pelo conceito de ordem pública, se autointitula como regra de ordem pública, na forma de seu artigo 1º, ao prever que "O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias".

---

estudo limitar-se-á a ofertar proposições pautadas apenas nas regras, tornando mais objetivo o confronto entre seus limites e as disposições de Direito do Trabalho.

[27] *Art. 20*: "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da *ordem pública*, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais"; *Art. 122*: "São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à *ordem pública* ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes"; *Art. 606*: "Se o serviço for prestado por quem não possua título de habilitação, ou não satisfaça requisitos outros estabelecidos em lei, não poderá quem os prestou cobrar a retribuição normalmente correspondente ao trabalho executado. Mas se deste resultar benefício para a outra parte, o juiz atribuirá a quem o prestou uma compensação razoável, desde que tenha agido com boa-fé. *Parágrafo único*. Não se aplica a segunda parte deste artigo, quando a proibição da prestação de serviço resultar de lei de *ordem pública*"; *Art. 1.125*: "Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de *ordem pública*, ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto" e *Art. 2.035:* "A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução. *Parágrafo único*. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de *ordem pública*, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos". Os artigos aqui colacionados foram destacados na pesquisa de Aprigliano (APRIGLIANO, R. de C. *Ordem pública no direito processual civil*, f. 9). Saliente-se que, para efeitos didáticos, grifou-se a expressão *ordem pública* mencionada nesses artigos.

Nota-se que o Código de Defesa do Consumidor inovou ao se intitular como uma norma de ordem pública. Essa condição de constar no próprio texto legal o caráter de ordem pública de um instituto não é comum, sendo até mesmo pouco recomendável.

Ocorre que, da mesma forma como se afirma ser o conceito de ordem pública aberto e dependente do contexto no qual é analisado, não sendo identificável o sistema que o define de forma segura e estanque, também se questiona a autoridade do legislador em conferir a esta ou àquela norma o caráter de ordem pública ou de ordem privada, justamente pela variabilidade temporal e cultural desse conceito.

Coloca-se, assim, a seguinte indagação: será possível conferir ao legislador o poder de decidir que regra será considerada de ordem pública? A resposta afirmativa a essa pergunta pode gerar distorções no Direito, ao supervalorizar temas que não têm ou não terão, no futuro, grande valor para determinada sociedade por não representarem mais seus anseios, mas cuja importância foi imputada pelo legislador. Um dos objetivos do Direito é justamente ser imune aos interesses de seus produtores, tanto que o ideal do *voluntas legislatoris* já não é mais referência na hermenêutica moderna, em razão impessoalidade e atemporalidade, tanto quanto possível, das normas.

A resposta negativa, por sua vez, à mesma pergunta conduziria o tema da ordem pública a patamar de intangibilidade legislativa, o que a tornaria inacessível pela lei, resultando em uma futura e possível extinção abstrata do instituto.

A esse propósito, em uma tentativa de acomodar as duas posições apontadas – quais sejam, uma no sentido da permissão ao legislador para atribuir a qualidade de ordem pública a uma lei como fez o legislador do Código de Defesa do Consumidor, e outra no de evitar que esse reconhecimento implique discricionariedade, correndo-se o risco de desvirtuar o instituto –, a doutrina tem reconhecido que a qualidade de ordem pública de uma norma pode ser afastada pelo intérprete mesmo quando classificada como tal pelo legislador[28].

[28] "Por isso, embora não se deva depreciar a possibilidade de a norma jurídica definir eficazmente a condição 'de ordem pública' de seus preceitos, é preciso também observar que essa circunstância não é invariavelmente oponível ao intérprete, ao qual se deve reconhecer a capacidade de analisar se esses postulados fazem efetivamente, parte do conteúdo substantivo da ordem pública e, eventualmente, chegar à

Dessa maneira, o Código de Defesa do Consumidor, ao estipular que sua disciplina encontra abrigo na ordem pública, poderá, no futuro, não mais representar o anseio da sociedade e, mesmo sem mudança legislativa, estaria a comunidade jurídica autorizada a posicionar-se de modo diverso da expressão textual imposta pelo legislador, sem com isso ferir a legalidade (CRFB, art. 5º, II), pois o instituto é próprio da dogmática, a qual está desatrelada da estrita observação do texto, sem considerar o contexto no qual se insere.

O Direito francês, acompanhado de perto pela doutrina e pela jurisprudência, reconhece que o Direito do Trabalho é um ramo do Direito social, e que corresponde a um sistema de proteção do trabalhador "en raison de son état de subordination"[29]; ao mesmo tempo, reconhece o Direito do Trabalho como um Direito de empresa, dado que certas normas contidas nesse ramo contemplam questões de interesse dos empregadores[30].

Da inegável condição do trabalho como fonte essencial, digna e indispensável da subsistência da pessoa humana e da supremacia do poder econômico diante da debilidade do trabalhador, que cede sua força de trabalho em troca dessa sagrada retribuição, conferiu-se grande proteção a essas normas reguladoras da relação de trabalho com o propósito de evitar a exploração desmedida e imoral da aludida força de trabalho[31].

O artigo 6º do Código Civil francês, como se disse, representa de maneira inquestionável essa postura ao afirmar que "on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs"[32].

É, também, o que se depreende da redação dada ao novo artigo L2251-1, do Código do Trabalho francês de 2008, que assim dispõe:

> "Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. Ils ne

---

conclusão diferente da expressa na norma" (GARMENDIA ARIGÓN, M. *Ordem pública e direito do trabalho*, p. 46).

[29] MAZEAUD, A. *Droit du travail*. 7. ed. Paris: Montchrestein, 2010. p. 20.

[30] Ibidem, loc. cit..

[31] HERNANDEZ, S. Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro. *Diritto del Lavoro*, n. 8, 2003, p. 1/2.

[32] Tradução livre para este trabalho: "não pode haver derrogação, por convenções particulares, das leis que interessam à *ordem pública* e à moral".

> peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public."[33]

Para o Direito francês, a ordem pública representa preceito de Direito inderrogável pelas partes. Como inderrogável, compreende-se toda e qualquer estipulação de modo diverso da imposta pelo preceito.

Em razão dessa característica, durante muito tempo, o artigo 6º do Código Civil francês – também conhecido como Código Napoleônico – impediu qualquer modificação das disposições contidas nas diversas regras que regulavam as relações de trabalho[34].

As normas de ordem pública, afirma o dispositivo legal, são inderrogáveis, contudo, mesmo as normas dessa natureza, em matéria de relações de trabalho, passaram a admitir sua derrogação *in melius*, autorizando, assim, a modificação de seu conteúdo por meio de acordos ou convenções coletivas, para favorecer o empregado[35].

Trata-se, no Direito francês, da presença e influência do princípio *de faveur*.

Passou-se a avaliar, portanto, em que medida se apresentava o Direito do Trabalho na França, com base na afirmação de que, embora fosse reconhecido como norma de ordem pública, admitia sua superação pela vontade das partes em favor do empregado[36].

---

[33] Tradução livre para este estudo: "A convenção ou o acordo podem incluir cláusulas mais favoráveis aos trabalhadores do que as disposições legais em vigor. Eles não podem derrogar as disposições que têm caráter de ordem pública".

[34] A assertiva de que o Direito do Trabalho é de ordem pública restou confirmada, não apenas pela obra de Florence Canut, *L'ordre public em droit du travail*, como também pela edição da Lei Fillon e pela Decisão nº 494 do Conselho Constitucional, ambas de 2004.

[35] Assim se manifestou a Assembleia Plenária da Corte de Cassação, Câmara de Direito Social francesa, no julgamento nº 472, em 6 de fevereiro de 1976.

[36] Importante lembrar que, embora sejam reconhecidas as características de relevância e importância social dos direitos da relação de trabalho, nem sempre houve unanimidade sobre essa questão. Mario Garmendia Arigón apresenta precedente judicial importante no Uruguai, para demonstrar um período em que a renúncia prévia a direitos trabalhistas eram admitidos pela Justiça, no contexto do ideal contratualista puro que regia a dogmática da época. Nas palavras do autor, "Tratava-se de determinar a validade da renúncia antecipada que fizera o empregado de uma loja comercial com relação ao benefício que lhe conferia o art. 158, inciso 2, do Código de Comercial, que rezava o seguinte: 'O empregado ou dependente despedido terá direito, exceto nos casos de notória má conduta, ao salário correspondente a esse mês; mas o patrão não estará obrigado a mantê-lo em seu estabelecimento nem no exercício de suas funções.' A sentença pronunciada em primeira instância considerou que a manifestação de vontade do dependente foi totalmente válida, juízo posteriormente reformado pelo Tribunal de Alçada, por considerar que essa renúncia antecipada afetada um princípio de ordem pública e que isso tornava juridicamente ineficaz [...] submetida a questão à Alta Corte de Justiça, esta considerou que 'Não é de ordem pública a regra legal, segundo a qual o empregado ou dependente comerciário tem direito, no caso de dispensa – exceto nos casos de má conduta – ao salário

Vale frisar que, desde a década de 1980, os franceses têm experimentado importante modificação no que tange aos limites da negociação coletiva, impondo verdadeira transformação nos conceitos de inderrogabilidade das normas trabalhistas.

Com isso, além da admissão da derrogabilidade *in melius*, passou a enfrentar também a possibilidade de derrogar a norma protetiva trabalhista *in pejus*.

A essas normas que possuem caráter de ordem pública, mas que admitem modificações pela convenção entre as partes, a doutrina francesa denominou normas de *ordem pública social*.

Alain Supiot aponta essa qualidade típica das normas trabalhistas:

> "En el derecho común, se distinguen las leyes imperativas, que definen las reglas de orden público que no pueden dejar de ser respetadas por las convenciones particulares, y las leyes supletorias, que solamente se aplican en caso de ausencia de estipulaciones contrarias. La mayoría de las leyes en derecho del trabajo dependen de uma categoria intermedia, la del orden público social."[37]

Eis um ponto que separa com clareza a legislação trabalhista da legislação de Direito comum: a ordem pública social qualifica o Direito do Trabalho, permitindo análise em separado de suas condições e limites.

A evolução no que tange à derrogação ou não de preceitos legais ou acordos coletivos de maior abrangência por aqueles de menor abrangência[38], no entanto, limita-se ao plano coletivo, não sendo modificado o ideal protecionista em matéria de relações

---

correspondente ao mês seguinte ao aviso, quer permaneça ou não no estabelecimento e no exercício de suas funções; é válida, portanto, a renúncia desse direito que de antemão façam os interessados." (GARMENDIA ARIGÓN, M. *Ordem pública e direito do trabalho*, p. 38/39).

[37] SUPIOT, A. *El derecho del trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008. p. 40.

[38] Importante frisar que, na França, os conceitos de acordo coletivo e convenção coletiva não merecem tanto destaque como no sistema brasileiro. Para os franceses, os instrumentos normativos se diferenciam pela matéria. As convenções coletivas tratam de temas genéricos e de relevância mais abrangente, ao passo que os acordos são costumeiramente utilizados para descrever esses temas de modo a serem aplicados em âmbitos mais restritos, como em segmentos da economia (*branche*) ou na esfera empresarial (ou de estabelecimento). As convenções podem ajustar, assim, o compromisso das empresas em nível nacional para reduzir o problema da discriminação e oportunidade de emprego, ao passo que o acordo pode tratar de regular, em certa empresa ou ramos de negócio, a contratação de mulheres e aprendizes. É possível encontrar, no entanto, na França, um acordo coletivo tratando de tema abrangente e uma convenção tecendo detalhes de um pacto firmado.

individuais do trabalho, dado o reconhecimento da fragilidade do trabalhador em negociar com seu empregador derrogações legais *in pejus* para sua relação jurídica.

O tema envolvendo a possibilidade de reforma *in pejus* pelos acordos coletivos será estudado com mais profundidade adiante, no Capítulo 2.

Considerada a convivência entre regras disponíveis e indisponíveis no universo jurídico trabalhista, que impossibilita seu enquadramento exclusivo tanto em um como no outro, mas reconhecendo-se, na forma estudada até aqui, que seu conteúdo é marcado pelo interesse do Estado no desenvolvimento pleno de suas instituições, resta admitir que o Direito do Trabalho, como no modelo francês, possui natureza jurídica de *direito privado de ordem pública social*.

Ante o exposto, a conclusão a que se chega sobre a função desse Direito não pode resultar no reconhecimento de que ele se dedica a proteger o empregado nas relações de trabalho tão somente. Os princípios da autonomia da vontade – embora mitigado –, da razoabilidade, da boa-fé, da liberdade de trabalho, entre outros, bem como as normas de proteção do empregador que se encontram no ordenamento, conduzem à conclusão de que o Direito do Trabalho deve-se pautar pelo equilíbrio harmônico entre os partícipes da relação de trabalho, sempre a serviço da coletividade e em detrimento do interesse privado e singular.

Quer seu fim seja a promoção da paz ou da justiça social[39], ou, ainda, da *paz social*[40], fato é que o Direito do Trabalho já não se dedica aos mesmos motivos que fomentaram seu desenvolvimento no contexto da Revolução Industrial.

Amauri Mascaro Nascimento bem sintetiza esse momento ao dissertar que

> "O *direito do trabalho* vive atualmente um conflito entre as suas concepções, a *protecionista*, acusada de *hipergarantista*, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a *reformista* que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos

[39] NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011b. p. 40.

[40] SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, p. 102.

> seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador."[41]

Consideradas as diversas realidades contemporâneas em que se desenvolvem as relações de trabalho, faz-se necessário reconhecer que o Direito do Trabalho possui uma miríade de funções, de modo que não se pode mais confiar a ele tão somente a função protetora, mas também a humanística[42]. A função integradora do Direito do Trabalho denota se moldar mais adequadamente ao momento contemporâneo. Nela, referido Direito ganha uma atribuição reguladora, mas de promoção do desenvolvimento, aliando a proteção com a coordenação dos interesses empresariais[43].

As experiências dos países da União Europeia têm mostrado ao mundo que não basta manter as regulações lastreadas na forte intervenção estatal, *menos é mais*. O reconhecimento da função integradora, com a atribuição de certa carga de responsabilidade aos atores sociais, restringindo responsavelmente a intervenção estatal (*menos*), poderá contribuir para o desenvolvimento não apenas das relações de trabalho, mas até mesmo das relações humanas (*mais*)[44].

O momento atual exige que se reconheça a inadequação do pensamento moldado na realidade da década de 1940, e se abra oportunidade às experiências dessa nova realidade, a qual se apresenta como um tecido complexo e heterogêneo, que não comporta uma única resposta às necessidades variadas. A estrutura utilizada para construir a sociedade do passado já não se ajusta às necessidades dessa hodierna, dinâmica e diversificada sociedade. Essa nova visão passa pela revisitação do tema da disponibilidade dos direitos trabalhistas.

---

[41] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 68, grifo do original.

[42] Isso porque "O Direito do Trabalho é legítima manifestação da ordem jurídica voltada para o homem como medida de todas as coisas." (Idem. *Iniciação ao direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 1983. p. 38).

[43] Idem. *Direito contemporâneo do trabalho*, p. 37.

[44] Há um lado bem-sucedido na experiência da *flexisseguridade* adotada por muitos países da União Europeia. Os estudos de Alonso Ojeda Avilés mostram que as modificações realizadas na Dinamarca, que se compõe de um sistema que congrega flexibilidade para despedimento, política ativa de emprego e forte apoio ao desempregado – o chamado "triângulo de ouro" –, aliado a uma alta taxa tributária, foram capazes de reduzir o desemprego no país, tendo os trabalhadores se adaptado a essa nova modalidade de contratação que não privilegia os contratos no longo prazo (AVILÉS, A. O. *La descontrucción del derecho del trabajo*. Madrid: La Ley, 2010. p. 574-590). De acordo com esses estudos, 30% dos trabalhadores trocam anualmente de emprego naquele país, mas, ainda assim, o índice de desemprego foi mantido em baixas taxas.

Capítulo 2

A (IN)DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Faz-se necessário esclarecer inicialmente o que se entende como "direitos" no contexto desta pesquisa, para que não se confundam conceitos como princípios, regras, normas ou textos.

O vocábulo "direito" pode significar o ordenamento jurídico – nesta tese de doutoramento grafado sempre com "D" maiúsculo –, o direito objetivo ou subjetivo, o direito como texto legal, o direito na conotação moral do termo, entre outras definições que podem induzir o leitor à confusão[45].

A esse propósito, salienta-se a importância de apresentar a dimensão do termo utilizado no estudo da indisponibilidade desses interesses.

Dizer que o objeto se limita aos direitos como *facultas agendi* encontra obstáculo nos dias atuais em face dos direitos transindividuais. Neles a faculdade de agir, como lembra Octávio Bueno Magano, é muitas vezes retirada do indivíduo, reconhecendo-se que somente com a participação do grupo é que o direito se realiza, impedindo o exercício (*facultas agendi*) pelo titular considerado de modo isolado – até porque a titularidade nesses casos é dificilmente identificável. Limitar o estudo da indisponibilidade dos direitos partindo-se do conceito de direito como *facultas agendi*, portanto, excluiria grande e relevante parcela dos interesses[46].

---

[45] FERRAZ JÚNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 33/34.

[46] Para Magano, "A concepção de que o interesse coletivo é de titularidade individual e de exercício coletivo parece-nos criticável, sob mais de um aspecto. Primeiro porque o direito implica faculdade de agir facultas agendi, que evidentemente não se realiza, quando o seu exercício não depende do titular e sim de terceiros. Segundo, porque a concepção em foco não se mostra fiel à realidade, como bem se vê no caso de greve. Ninguém delibera sozinho a eclosão de uma greve, o que vale dizer que a disponibilidade desse direito não é individual mas coletiva. Ninguém, por outro lado, faz greve sozinho, o que implica a impossibilidade do exercício individual desse direito" (MAGANO, O. B. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1984. v. 2, p. 91-92).

Para alcançar a correta compreensão da disponibilidade ou indisponibilidade de um "direito", utiliza-se o termo sempre na perspectiva abstrata, observando-o *como se vê*[47]. Abstrai-se, assim, da tentativa de aprisioná-lo ao texto; e, ao contrário, busca-se o termo na perspectiva do texto interpretado (a norma).

Quer-se com isso expressar que o campo de atuação da investigação que se fará sobre a disponibilidade ou não do conteúdo jurídico embutido no objeto de estudo é mais do que o texto legal e se aproxima da norma jurídica, na acepção de texto interpretado, mas sempre na visão do investigador.

Quando, portanto, deparar-se com um "direito", objeto da análise da disponibilidade de seu conteúdo, estar-se-á diante da definição do vocábulo na visão do pesquisador, influenciado não pelo diálogo crítico do direito, mas pela postura de expositor do direito, pois o objeto primeiro da pesquisa é não o de germinar novos paradigmas, mas o de aceitar a validade de determinado fenômeno jurídico existente (o texto interpretado) e, com base nele, enquadrar aquele "direito" na proposta do capítulo.

Essa afirmação não implica escolha arbitrária de uma das hipóteses racionais da interpretação jurídica, mas baseia-se naquela em que se convencionou chamar de "interpretação autorizada", considerando-se como tal aquela suficientemente adotada por contingente expressivo e referencial do Direito.

Superada a definição do vocábulo "direito", passa-se ao estudo de sua disponibilidade nesse complexo cenário das relações de trabalho.

2.1 Considerações sobre a Indisponibilidade dos Direitos

Identificadas as funções e a natureza jurídica do Direito do Trabalho, resta investigar a presença da indisponibilidade ou não de seus preceitos, na perspectiva de se

[47] Expressão cunhada por Eros Roberto Grau (GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 15-17).

ponderar a possibilidade de utilização dos mecanismos de solução de conflitos fora da esfera do Estado.

Faz-se necessário, de início, dividir o tema em duas diferentes partes, quais sejam, na esfera das relações individuais de trabalho e na esfera das relações coletivas de emprego.

Antes, porém, é imperativo afirmar que o conceito de disponibilidade de um direito não é tema originário do Direito do Trabalho, forçando a pesquisa também na seara do Direito comum.

2.2 O Tema na Perspectiva das Relações Individuais

Com alguma frequência, afirma-se que as regras de Direito do Trabalho são indisponíveis, cogentes, inderrogáveis, imperativas, entre outros predicados, e que com isso estaria o trabalhador impedido de dispor livremente das garantias asseguradas no ordenamento laboral.

Afirma-se, ainda, que essa condição em que se encontra o Direito do Trabalho é a verdadeira força que garante o desenvolvimento desse Direito, constituindo a base da sua própria sobrevivência[48].

As normas contidas nos artigos 9º, 444 e 468, todos da CLT, representariam a positivação dessa ideia, dado que essas disposições impõem ao trabalhador o gozo inexorável dos direitos a ele assegurados.

Miguel Reale, contudo, ensina que toda norma possui caráter cogente ou imperativo[49]. Claro que a norma não se põe ao indivíduo que escolhe cumpri-la ou não,

---

[48] SOUTO MAIOR, J. L. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 298.

[49] Segundo esse jurista, "Quer se destinem a organizar, por exemplo, um serviço público (normas de organização) quer tenham por fim disciplinar a conduta dos indivíduos (normas de comportamento) as regras

caso contrário, o Direito perderia sua força coativa. Da mesma forma, o livre arbítrio no que tange a obedecê-la ou não implicaria renúncia à consagrada proposta kelseniana do *dever-ser*, na medida em que o Direito não prescreveria mais uma conduta desejada pelo "querer social", mas apenas uma conduta facultativa, portanto, dispensável.

Saliente-se que entre as normas existe certa "gradação" de imperatividade cuja aplicação ou não depende, em boa parte, da ação do indivíduo. Essa condição se mostra viável em face da vigência da autonomia privada.

Se o conceito de norma imperativa ou cogente já se mostra difícil, o conceito de gradação ou mitigação da força coativa de uma norma em contraste com a autonomia privada apresenta um grau ainda maior de dificuldade. Diz-se que uma norma é mais ou menos cogente a depender da força presente da autonomia privada dos indivíduos agindo sobre aquela norma, na medida em que dispõe de forma contrária ao seu preceito.

Infere-se, pois, que um direito é disponível toda vez que a norma permite a convenção direta das partes, em sentido complementar ou até mesmo contrário[50].

Para a doutrina civilista espanhola, a disponibilidade resulta do reconhecimento legal da autonomia privada como o poder da pessoa para regulamentar e ordenar as relações jurídicas em que é parte, poder esse que não é absoluto e total e cujos limites estão dispostos na própria ordem jurídica[51].

Com frequência são enquadrados como indisponíveis os direitos da personalidade e aqueles relacionados à capacidade das pessoas. Esses bens são irrenunciáveis e, em rigor, intransmissíveis[52].

Orlando Gomes, já na década de 1960, reconhecia o duro golpe sofrido pela autonomia da vontade nas relações privadas, impondo nova ordem à dogmática jurídica em

---

jurídicas se constituem visando a que se faça ou se deixe de fazer alguma coisa. A imperatividade é uma das características essenciais do Direito." (REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 129).

[50] TELLES JÚNIOR, G. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 144-145.

[51] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLON, A. *Sistema de derecho civil*. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1985. v. I, p. 375-376.

[52] Ibidem, loc. cit..

que os princípios norteadores do liberalismo viam-se corroídos pelo crescente interesse no desenvolvimento do coletivo sobre o individual[53].

A conclusão se baseia na formação do Direito do Trabalho, na sua origem ligada à resposta do Estado em oposição a um regime de exploração do ser humano da primeira metade do século XX. Desde o Código de Napoleão, em que a liberdade de contratar representava bem o ideal liberal da época, ideal esse disseminado pelos países do Ocidente, evidenciou-se o lado perverso do ser humano, que utilizou a liberdade para submeter o outro.

Amauri Mascaro Nascimento lembra o passado sombrio das relações de trabalho que oprimiam e degradavam o ser humano. Reporta-se ao final do século XVIII para demonstrar o caso escocês, em que os trabalhadores eram comprados e vendidos com seus filhos para laborar em minas, em verdadeira servidão vitalícia[54]. A partir daí, o comando *uti lingua nuncupassit ita ius esto* (faz lei entre as partes o que tiver por entre elas contratado), contido na Lei das XII Tábuas, vem sofrendo limitações em homenagem ao desenvolvimento social diante da crescente submissão imposta pelo poder econômico, ou por outras forças, como reverência paterna, eclesiástica, política etc..

Aludidas recordações da indelével história das relações de trabalho induzem recorrentemente à conclusão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, sob pena de retorno ao danoso estado de violação de direitos humanos. Reconhece-se que esse resultado traz alguma vantagem aos trabalhadores que se encontram nessa posição, uma resistência a mudanças que mantém certo estado de inamovibilidade das vantagens até então alcançadas.

De tão extrema importância o interesse do Estado sobre a adequada proteção desses direitos, é comum encontrar nos sistemas jurídicos a inadmissibilidade, *v.g.*, do instituto processual da confissão sobre direitos classificados como indisponíveis, impedindo a violação ou o perecimento de direitos alçados ao mais alto grau de relevância.

---

[53] Para o autor, "A *liberdade de contratar* pròpriamente dita jamais foi ilimitada. Duas *limitações* de caráter geral sempre lhe foram antepostas: a *ordem pública* e os *bons costumes*. Entendia-se, como ainda hoje se entende, que as pessoas podem regular seus interêsses, mediante contrato, pelo modo que lhes pareça mais conveniente, contanto que não transponham êsses limites." (GOMES, O. *Contratos*, p. 27, grifo do original).

[54] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*, 25. ed., p. 39

A esse propósito, Moacyr Amaral Santos afirma que

> "[...] há direitos inalienáveis, cuja renúncia é inoperante, e, pois, os fatos, ou obrigações que os traduzem não são suscetíveis de confissão. Donde, ineficaz é a confissão, e, pois, inadmissível, quando dela resulta a perda de direitos que o confitente não pode renunciar ou sobre que não possa transigir, pois nesses casos os princípios de ordem pública prevalecem sobre a vontade das partes."[55]

O Direito do Trabalho goza de certa aura inspirada no passado não distante que lhe atribui uma característica diferente dos direitos puramente privados. Essa característica também está presente em outros ramos mais modernos do Direito, como o do consumidor.

Desnecessário retomar a discussão sobre a natureza e as funções do Direito do Trabalho, dado o desenvolvimento do estudo feito anteriormente. A admissão da produção de normas diretamente pelas partes, mediante a representação sindical, de cumprimento igualmente imperativo, e cuja interferência estatal é vedada pela Convenção nº 87 da OIT, reforça o conceito privado do Direito do Trabalho.

A norma internacional, como se sabe, ainda não foi ratificada pelo sistema brasileiro, graças a sua incompatibilidade com o texto constitucional, mas foi recepcionada, nesse particular – não interferência estatal –, pelo texto do artigo 8º, incisos I e III, combinados com o artigo 7º, inciso XXVI, ambos da CRFB.

Essa afirmação de multiplicidade de fontes do Direito do Trabalho torna o tema da indisponibilidade ainda mais intrigante, na medida em que ao permitir a produção de normas diretamente pelos interessados, por meio do contrato de trabalho ou do regulamento de empresa, ou mediante seus representantes, por meio dos acordos e convenções coletivas de trabalho, o Estado reconhece dois importantes fatos, quais sejam, que ele é incapaz de acompanhar a célere dinâmica das relações de trabalho de modo satisfatório, e que o interesse estatal na manutenção da indisponibilidade dos direitos pelos trabalhadores se encontra em fase de redução, dado o crescente interesse no desenvolvimento das relações sindicais, *v.g.*[56].

---

[55] SANTOS, M. A. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2, p. 30.

[56] Nesse sentido é o que se verifica, *v.g.*, na esfera internacional mediante a redação das Convenções nºs 87, 98 e 154 da OIT.

A doutrina trabalhista também evidencia não enquadrar de maneira uníssona o Direito do Trabalho, quando se propõe a discutir a indisponibilidade de suas condições.

Arion Sayão Romita, ao tratar da autonomia da vontade como a outra face da indisponibilidade, explica que se se considerar o contrato de trabalho como fruto da autonomia da vontade dos sujeitos, inexorável será, também, considerar a autonomia da vontade em seu mais amplo aspecto, sob pena de configurar uma contradição lógica. Para o autor, a vontade individual no momento da contratação não admite a hipótese *heterônoma*, que permitiria a limitação imposta por terceiro[57].

Romita não chega a afirmar ser ilimitada a vontade do contratante no momento da assinatura do contrato, longe disso, reconhece a fragilidade do operário que se propõe a trabalhar em uma grande corporação, mas coloca em confronto a conhecida limitação da autonomia da vontade na dogmática jurídica trabalhista, com a presença do *pacta sunt servanda*, princípio indissociável do instituto da autonomia da vontade[58].

Aparentemente ambos são produtos da mesma fonte, ou lados da mesma moeda, na medida em que representam a consagrada proteção máxima do trabalhador em contraste ao poderio econômico do empregador que sujeita a mão de obra a suas vontades sem permitir-lhe o exercício da liberdade de contratação.

Verifica-se, com muito mais frequência, que a doutrina reconhece, no Direito do Trabalho, certa coexistência de regras indisponíveis e disponíveis, variando conforme a importância de cada proteção na esfera do interesse social.

Arnaldo Süssekind não admite a indisponibilidade dos direitos da relação de trabalho, reconhecendo existir um conjunto de regras que fazem parte do rol de disposições que o trabalhador estaria autorizado a negociar livremente. O autor salienta a prevalência das normas de caráter imperativo do Direito do Trabalho, ressalvando a existência e validade das regras de índole dispositiva "às quais corresponde o campo onde tem eficácia o ajuste decorrente da autonomia da vontade entre as partes contratantes"[59].

---

[57] ROMITA, A. S. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003. p. 240.

[58] Ibidem, p. 241/242.

[59] Süssekind ainda se reporta à assertiva de Mario de la Cueva, segundo o qual o Direito do Trabalho não "seria um mínimo de garantias, nem desempenharia sua função, se a observância de seus preceitos

Alice Monteiro de Barros, na mesma linha, sustenta que em razão da superioridade do poder econômico do empregador o Direito conferiu superioridade jurídica ao trabalhador e que essa situação de valorização jurídica confere à maioria das regras de Direito do Trabalho força cogente, imperativa, força essa que limita a atuação da vontade das partes na regulamentação do contrato[60].

Sérgio Pinto Martins, por sua vez, defende a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, reconhecendo, no entanto, a possibilidade da renúncia em sede de conciliação judicial. Para esse autor, a presença do magistrado anula o desequilíbrio de forças da relação de trabalho, validando o ato[61]. Reconhece-se, assim, uma *coação econômica*, que macula a liberdade na expressão da vontade do trabalhador.

A jurisprudência, como a doutrina, vem reconhecendo que a proteção dedicada pelo legislador à relação de emprego se ajusta à classificação do Direito laboral como de Direito irrenunciável, ao menos em situações específicas, como no caso do aviso prévio em que, na expressão da Súmula nº 276[62], do Tribunal Superior do Trabalho (TST), representa direito ao qual o trabalhador não pode renunciar.

Mas, em outras oportunidades, o próprio Tribunal reconhece a validade da transação – modalidade admitida apenas em direitos disponíveis –, como ocorreu no julgamento do Recurso de Revista nº 215.256/1995-7[63], em que admitiu a possibilidade de

---

dependesse da vontade de trabalhadores e patrões, que equivaleria a destruir seu conceito, como princípio de cuja aplicação está encarregado o Estado" (SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, p. 199).

[60] BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 198. A autora, citando doutrina estrangeira, ainda classifica a irrenunciabilidade dos direitos do trabalho como (1) explícita (quando o próprio texto legal assim a define), (2) implícita (quando isso decorre da interpretação da norma em cotejo com o sistema ao qual ela está inserida) e (3) quando resulta do fim visado pela norma, considerando ser da natureza do Direito do Trabalho tal condição, o que implicaria reconhecer a supremacia da indisponibilidade de suas condições (ibidem, p. 198/199).

[61] MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 70. Lembra, ainda, o autor que a transação sobre créditos trabalhistas fora do Juízo só é admitida se houver incerteza acerca do direito em questão. Não é admitida, na visão de Sérgio Pinto Martins, a transação fora do Juízo sobre créditos rescisórios, *v.g.* (ibidem, p. 71).

[62] É o seguinte o teor da Súmula em questão: "Aviso prévio. Renúncia pelo empregado. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego."

[63] Conforme ementa colacionada a seguir: "Garantia de emprego. Dispensa imotivada. Homologação sindical. Renúncia ao direito. Se dispensado imotivadamente, no curso de garantia de emprego, o empregado concorda em receber verbas indenizatórias e levanta o FGTS, sem ressalva, tudo com assistência sindical, por certo que seu comportamento retrata típica renúncia ao direito de permanecer no emprego, sendo inconteste,

o trabalhador dispensado renunciar o direito à garantia de emprego por ter recebido as verbas indenizatórias pela rescisão e ter sido assistido pela entidade sindical respectiva, tudo sem ter oposto nenhuma ressalva no momento oportuno. Naquela ocasião, o TST reconheceu a vigência e o império do princípio da boa-fé.

É comum encontrar argumentos próprios da doutrina e da jurisprudência trabalhistas quando se trata do princípio da indisponibilidade ou, com mais frequência, do princípio da *irrenunciabilidade*, contudo, sem muito apego metodológico, o que transforma a assertiva em expressão sociológica do desejo íntimo daquele que a exprime, em uma tentativa de buscar a justiça por meio de hermenêutica pouco dialética e sustentada basicamente no princípio da proteção, com largo referendo entre os povos latino-americanos pela vasta difusão da obra de Américo Plá Rodriguez[64].

No Direito italiano encontra-se importante experiência sobre os conceitos dogmáticos da indisponibilidade dos direitos oriundos da relação de trabalho.

No sistema peninsular também não há regra clara estipulando a classe de direitos considerados de ordem pública ou indisponíveis, por isso, orienta-se na perspectiva do momento em que a norma é analisada, como que se a norma transmudasse, alternando sua classificação de acordo com o momento em que o titular pretende dela dispor.

A esse propósito, Luisa Galantino, ao tratar do tema envolvendo o artigo 2.113 do Código Civil italiano, que regula de forma abstrata e conceitual o instituto da renúncia e da transação na esfera das relações de trabalho, assim leciona:

> "È quindi lecito operare una dissociazione fra momento genetico e momento funzionale del diritto. Al primo si riferisce l'inderogabilità, la quale determina la nullità (artt. 1418, 1419 c.c.) e la sostituzione di ogni altro atto regolante la costituzione di un diritto soggettivo in modo difforme da quello previsto dalla norma. L'indisponibilità invece riguarda il momento funzionale del diritto che, una volta acquisito al patrimônio

---

igualmente, que o ato jurídico de rescisão contratual assenta-se em inconfundível boa-fé das partes. Revista não conhecida." (Acórdão da 4ª Turma, Relator Ministro Milton de Moura França, *Diário de Justiça da União*, 15 maio 1998, p. 497).

[64] RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

> del soggetto, è di per sé disponibile, salvo che l'ordinamento ponga norma limitative specifiche all'autonomia dispositiva del soggetto."[65]

Para outros autores, o momento em que se verifica a transação, renúncia ou indisponibilidade do direito deve ser analisado considerando-se o direito no prisma de *direito primário* ou de *direito secundário* – isso porque a análise da viabilidade da disponibilidade/derrogabilidade[66] ou não do direito pode ser feita em dois momentos distintos, com resultados igualmente diversos.

Os direitos primários, assim como pontua Luisa Galantino com o momento *genético* do direito, são "effettivamente indisponibili, perché direttamente tutelati dalla norma inderogabile"[67]. Já os direitos secundários, oriundos da violação do direito primário e indisponível, são plenamente disponíveis a critério da redação contida no artigo 2.113 do Código Civil italiano.

O artigo em comento está assim redigido:

> "Art. 2113 Rinunzie e transazioni
>
> Le rinunzie e le transazioni (1966), che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 Cod. Proc. Civ., non sono valide.
>
> L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.
>
> Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà.

---

[65] GALANTINO, L. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 2006a. p. 665. No mesmo sentido: CARINCI, F. et al. *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*. 6. ed. Torino: Utet, 2006. v. 2, p. 422. Tradução livre do original para este estudo: "Portanto, ele pode operar uma dissociação entre o momento genético funcional da lei. O primeiro diz respeito à irrenunciabilidade, a qual determina a nulidade (artigos 1.418, 1.419 c.c.) e a substituição de qualquer ato que regulamente um direito subjetivo diverso do estabelecido pela norma. A indisponibilidade, ao contrário, refere-se ao momento funcional do direito que, uma vez adquirido ao patrimônio do sujeito, torna-se disponível, a não ser que a lei coloque uma regra limitando a autonomia do sujeito".

[66] Nelson Mannrich, ao analisar as afirmações de Luisa Galantino, salienta que inderrogáveis são as normas nas quais as partes não podem, por pacto privado, afastar sua incidência da relação de trabalho contratada (MANNRICH, N. O direito do trabalho e a crise econômica e outros estudos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano XVII, n. 17, 2009a, p. 81).

[67] HERNANDEZ, S. Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro. *Diritto del Lavoro*, v. LXXVII, n. 8, p. 5.

> Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 Cod. Proc. Civ."[68]

Nota-se que, embora o citado artigo imponha a indisponibilidade sobre normas denominadas inderrogáveis pela legislação italiana – de lei ou de acordos coletivos –, demonstra claro ideal flexibilista ao atribuir a decadência de seis meses para a propositura da competente ação destinada a discutir referida violação, além de permitir, no momento funcional ou secundário, a transação.

Na forma como se encontra redigido o parágrafo 4º do artigo 2.113 do CPC italiano, pode-se afirmar que a indisponibilidade sobre citadas normas inderrogáveis perde seu efeito quando as partes transacionam diante do Juízo (artigo 185); perante a comissão de conciliação sindical (artigo 411); ou diante da comissão de conciliação instituída pelo Estado (artigo 410)[69].

Além dessa já consagrada modalidade de classificação do Direito do Trabalho, o legislador italiano, por meio da Lei nº 183/2010, o denominado *Collegato Lavoro*, instituiu importante tema da solução dos conflitos mediante certificação contratual e descentralização da solução dos conflitos trabalhistas com a adoção de mecanismos extrajudiciais de composição de litígios.

Referidas modificações estenderam a essas comissões de certificação o poder de conciliar os interesses entre trabalhadores e empregadores, afastando de vez a discussão sobre a indisponibilidade ou não dos direitos na relação de trabalho.

Observa-se, assim, a tentativa de classificar o Direito do Trabalho de maneira a reconhecer a inevitável disponibilidade que dele decorre em determinadas situações, sob pena de criar paradoxo inaceitável. Isso porque, para o ordenamento italiano – tal como o

---

[68] Tradução livre do original para este estudo: "Art. 2.113 Renúncias e transações – Renúncias e transações (1966), que têm por objeto os direitos do empregado decorrentes das disposições imperativas da lei e dos contratos ou acordos coletivos relativos ao art. 409 do Código de Processo Civil não são válidas. O recurso deve ser proposto, sujeito à decadência, no prazo de seis meses, a contar da data da rescisão ou da data da renúncia ou transação, se estes estiverem ocorrendo após o encerramento. As renúncias, as transações referidas anteriormente podem ser contestadas por meio de qualquer documento escrito, mesmo que extrajudicial, do trabalhador idôneo para dar a conhecer a sua vontade. As disposições do presente artigo não se aplicam para a conciliação nos termos dos artigos 185, 410 e 411, todos do CPC.".

[69] GALANTINO, L. *Diritto del lavoro*, p. 666.

brasileiro – a transação só é admitida mediante a capacidade dispositiva do direito em questão[70].

Infere-se, pois, ser necessário admitir que é "indubbiamente complicato giustificare il particolare regime previsto per diritti che, se fossero realmente indisponibili, dovrebbero anche essere intransigibili (art. 1966 c.c.) ed imprescrittibili (art. 2934, 2º co, c.c.)"[71].

Denota ser esse mesmo o inegável paradoxo vivido pelo Direito do Trabalho quando se pretende caracterizá-lo como direito indisponível.

O tema da irrenunciabilidade ou indisponibilidade, ou, ainda, da inderrogabilidade dos direitos trabalhistas também é muito presente nos debates doutrinários e jurisprudenciais, na Espanha.

Igualmente nesse país se encontra profunda dissensão sobre a adequada classificação do Direito do Trabalho.

O Real Decreto-Ley nº 3/2012[72], com o propósito de mitigar os impactos da crise econômica que assola o povo espanhol, com o desemprego de quase 50% da população

---

[70] Assim dispõe o artigo 1.966 do Código Civil italiano: "Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite (320, 493). La transazione e nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti (2113)." Tradução livre do original para este estudo: "Para transigir as partes devem ter a capacidade de dispor dos direitos que são objeto da lide (320, 493). A transação é nula, se esses direitos, por sua natureza ou por disposição expressa da lei, restringirem a disponibilida pelas partes (2.113)".

[71] FERRARO, G. Rinunzie e transazioni del lavoratore. *Enc. Giur. Treccani*, Roma, v. XXVII, 1998, p. 2. Tradução livre do original para este trabalho: "sem dúvida complicado justificar o regime especial previsto para direitos que, se fossem realmente indisponíveis, também deveriam ser intransigíveis (art. 1.966 c.c.) e imprescritíveis (art. 2.934, 2º co, c.c.)".

[72] "Artículo 41. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo. 1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo; b) Horario y distribución del tiempo de trabajo; c) Régimen de trabajo a turnos; d) Sistema de remuneración y cuantía salarial; e) Sistema de trabajo y rendimiento; f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley.

2. Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad. En los supuestos previstos en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 de este artículo, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una

jovem, modificou o sistema protetivo dos direitos oriundos da relação de trabalho, quer no tocante aos direitos legalmente previstos, quer no que tange aos direitos previstos em *convênios* coletivos, ou, ainda, aos concedidos por liberalidade dos empregadores.

Com a instituição do Real Decreto-Ley nº 3/2012, sempre que o empregador encontrar-se em situação de risco ou emergência, considerada como tal qualquer séria ameaça à competitividade, produção ou organização técnica do trabalho, poderá intentar mudanças radicais nas condições de trabalho, até mesmo aquelas que possam ocasionar prejuízos antes impensados.

Ocorre que o tema é muito recente e ainda depende de maturação da doutrina e jurisprudência para certificar-se de sua abrangência e compatibilidade com o texto constitucional espanhol, razão pela qual esta pesquisa limitar-se-á à análise do consagrado *Estatuto de los Trabajadores,* cujo delineamento é suficiente para o estudo que se pretende fazer. Até porque, a crise tem forçado a Espanha a repetidas tentativas de flexibilizar o complexo e rígido sistema de proteção dos direitos trabalhistas com admissão de contratos temporários, facilitação para ingresso no mercado de trabalho com redução de benefícios, medidas de suspensão dos contratos de trabalho, rebaixamentos no tempo e quantia do seguro-desemprego, entre outras medidas implantadas sem muito sucesso, cuja análise detalhada desvirtuaria a temática proposta aqui.

Mesmo com essa modificação de direção que a Espanha vem experimentando, o *Estatuto de los Trabajadores*, de 24 de março de 1995 (Real Decreto Legislativo nº 1/1995), tenta manter o sistema de proteção mínimo contra a sempre presente intenção do capital em ampliar a capacidade legal dos trabalhadores em negociar livremente suas condições de trabalho. A esse propósito, o *Estatuto de los Trabajadores* estabelece no artigo 3.5 o seguinte:

> "Artículo 3. Fuentes de la relación laboral.
>
> ...*omissis*...
>
> 5. Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponibles por convenio colectivo."

---

indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses.

É importante salientar que o texto anterior da *Ley de Contrato de Trabajo* previa, no artigo 36, nulidade da "renuncia hecha por el trabajador, antes o después de la celebración del contrato, de las indemnizaciones a que tenga derecho por accidentes del trabajo, perjuicios ocasionados por incumplimiento del contrato o cualesquiera otros beneficios establecidos por la ley".

O destaque se justifica pela modificação do instituto anteriormente utilizado como restritivo da disponibilidade do trabalhador; antes, o texto impunha nulidade pela *renúncia*; agora, impõe *indisponibilidade*.

Conforme salientado, a diferença entre os institutos da renúncia e da indisponibilidade de direitos possui limites bem definidos. Aquela impede o abandono do direito que se tem sobre alguma coisa[73], ao passo que esta representa inalienabilidade do direito[74].

Poder-se-ia admitir, portanto, sem muito esforço hermenêutico, que a legislação espanhola evoluiu no sentido de ampliar a proteção do direito oriundo das relações de trabalho, impondo o gravame da indisponibilidade, em vez da simples irrenunciabilidade do texto anterior[75].

A despeito disso, a doutrina espanhola tem apontado para uma insatisfação no tocante ao texto inserido no *Estatuto de los Trajadores*, que, segundo Angel Blasco Pellicer, "se trata de uno de los artículos más confusos del Estatuto"[76].

A praxe mostra que a indisponibilidade dos direitos da relação de trabalho não é tão rígida quanto aparentemente denota o texto do artigo 3.5 do *Estatuto de los Trabajadores*.

Nas poucas vezes em que a jurisprudência em matéria trabalhista teve oportunidade de analisar o instituto da transação nas relações de trabalho observou que o objetivo do

---

[73] DE PLÁCIDO E SILVA, Vieira. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 1.201.

[74] Ibidem, p. 733.

[75] É importante frisar que mesmo no tocante à renúncia o Direito Civil espanhol a restringe quando se trata de direitos pertencentes à ordem pública, conforme se observa da redação do dispositivo a seguir: "Art. 6 2. La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros.".

[76] PELLICER, A. B. *La individualización de las relaciones laborales*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995. p. 285.

artigo citado é de "prohibir la renuncia pura y simple y sin compensación, pero no obsta a la validez de las transaciones que pueden ser concertadas simultáneamente o con posterioridad a la existencia del vínculo laboral"[77].

Em outra oportunidade, a jurisprudência afirmou que a irrenunciabilidade dos direitos é compatível com a solução extrajudicial dos conflitos por vontade concorde das partes, "pues lo contrario sería minorar la liberdad del trabajador en orden a su capacidad general de disposición de los derechos adquiridos"[78].

Diante do aparente paradoxo entre a indisponibilidade ínsita no artigo 3.5 do *Estatuto de los Trabajadores* e a posição jurisprudencial das Cortes espanholas, a doutrina vem admitindo certa flexibilização do conceito contido no artigo do *Estatuto*, reconhecendo válida toda transação que se limita a negociar direitos tidos como disponíveis.

Parte da doutrina espanhola aduz que essa aceitação invade, também, a esfera das regulações contidas nos acordos coletivos, que, embora gravados com a mesma indisponibilidade[79], admitem certo grau de disponibilidade pelo trabalhador, pois,

> "[...] una interpretación correcta del artículo 3.1.c. del Estatuto debería distinguir entre condiciones 'contrarias' y 'distintas', reservando las primeras y el principio de mayor favor a las condiciones cuantificables y, en todo caso, a aquellas que el convenio haya declarado expresamente como indisponibles."[80]

Nesse aspecto, a jurisprudência espanhola possui importante precedente que tem direcionado o pensamento sobre a abrangência da disponibilidade do trabalhador em matéria de transação ou até mesmo renúncia a condições previstas em acordos coletivos de trabalho.

---

[77] *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja*, de 31 de julho de 1991 (Art. 4.397).

[78] *Sentencia del Tribunal Supremo*, de 23 de março de 1987 (Art. 1.656) e de 1º de dezembro de 1987 (Art. 8.803).

[79] É o que se depreende do disposto no artigo 3.1 do *Estatuto de los Trabajadores:* "Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan [...] ´c´- por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados".

[80] PELLICER, A. B. *La individualización de las relaciones laborales*, p. 215.

Trata-se da sentença do Tribunal Constitucional espanhol, de 28 de junho de 1993, em decisão sobre ação movida pelo sindicato de trabalhadores contra a Companhia Telefónica de España S.A. que havia oferecido aos trabalhadores vantagem financeira em troca da regulamentação das *guardias*.

Na referida ação, o sindicato pleiteava a anulação do acordo porque este constituía ato *antissindical* e que violava a liberdade garantida pela Constituição.

Em última instância, o Tribunal Constitucional afirmou que a "mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión".

Por fim, assinalou, ainda, que "sólo una utilización masiva de la autonomía individual, para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva".

Infere-se, em razão do exposto, que o Direito espanhol não fecha o tema da indisponibilidade de maneira absoluta e inquestionável. Com amparo nos artigos 3.1 e 3.5 do *Estatuto de los Trabajadores* e no artigo 6.2 do Código Civil espanhol, limita-se, com segurança, a afirmar que as classes de regras que comportam mais ou menos imperatividade são as (i) *normas absolutamente imperativas*, que não possuem campo para negociação individual ou coletiva; (ii) *normas relativamente imperativas*, que estabelecem o máximo de direito necessário, admitindo negociação pelas vias coletivas e individuais, limitando-se, contudo, ao patamar máximo nelas previsto; (iii) *normas relativamente imperativas*, que estabelecem o mínimo de direito necessário, nas mesmas condições do item (ii); e (iv) *normas absolutamente dispositivas*, que permitem largamente a negociação em seus diversos níveis, sem limites[81].

No Direito português, ultimamente reformado pela Lei nº 7, de 12 de fevereiro de 2009, a mesma tendência de reconhecer a prevalência das normas coletivas se mostra presente.

[81] PELLICER, A. B. *La individualización de las relaciones laborales*, p. 199.

A legislação reformada também manteve o reconhecimento da disparidade de forças da relação de trabalho e permanece vetando a modificação *in pejus* das condições dos contratos de trabalho pela vontade individual.

O Código do Trabalho português, no artigo 3º, mudou os limites do princípio do tratamento mais favorável, o equivalente ao princípio *de faveur* do sistema francês (*favor laboralis*). Ao disciplinar a relação entre fontes do Direito, o citado dispositivo equiparou as normas coletivas às legais, não havendo mais hierarquia entre elas[82].

Bernardo da Gama Lobo Xavier, ao analisar as mudanças do novo Código, ainda sob a redação anterior à de 2009, porém já reformada em comparação à redação da Lei do Contrato de Trabalho (Decreto-Lei nº 49.408/1969), informa, em nota, que aquela redação fazia referência à possibilidade de derrogação da norma legal contida apenas no Código, silenciando sobre a possibilidade de derrogação (*in melius* ou *in pejus)*, de outras normas legais complementares ao Código do Trabalho[83].

A redação atual, contudo, demonstra não limitar as possibilidades derrogatórias apenas às regras contidas no referido Código, mas a todas as "normas legais reguladoras de contrato de trabalho", expressão literal extraída do artigo 3º.

No que se refere à derrogação da norma legal por meio do contrato individual, o Código do Trabalho português, seguindo até aqui o que se apontou, nega a viabilidade da derrogação *in pejus*, admitindo apenas a derrogação *in melius*. É o que se depreende da leitura do artigo 3º.4: "4 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem

---

[82] "Artigo 3º. Relações entre fontes de regulação. 1 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário. 2 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho não podem ser afastadas por portaria de condições de trabalho. 3 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: a) Direitos de personalidade, igualdade e não discriminação; b) Protecção na parentalidade; c) Trabalho de menores; d) Trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica; e) Trabalhador - estudante; f) Dever de informação do empregador; g) Limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal; h) Duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias; i) Duração máxima do trabalho dos trabalhadores nocturnos; j) Forma de cumprimento e garantias da retribuição; l) Capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta; m) Transmissão de empresa ou estabelecimento; n) Direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores."

[83] XAVIER, B. da G. L. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2004. p. 628.

ser afastadas por contrato individual que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário.”.

Nelson Mannrich, em trabalho dedicado ao tema da derrogação das regras legais mediante negociação coletiva, ao estudar as mudanças do Direito português, conclui que, mesmo na aparente abertura ampla da negociação como forma de derrogação da lei, o próprio Código do Trabalho previu mecanismos que garantam a inviolabilidade de núcleos específicos de direitos, cuja derrogação comprometeria a própria estabilidade do sistema jurídico. O sistema português só autoriza, portanto, a derrogação da lei mediante negociação coletiva e desde que a lei em si não estabeleça em sentido contrário[84].

Conforme demonstrado até aqui por esta tese de doutoramento, no Direito europeu a tendência de validação das normas contidas em contrato individual de trabalho, no curso da relação de emprego que visam derrogar, afastar a aplicação de preceito legal ou convencional mais benéfico ao trabalhador, esbarra na violação do princípio do tratamento mais favorável (*favor laboralis*). A situação em foco não se aplica da mesma forma quando o momento analisado refere-se à indisponibilidade do direito que, como assinalado, pode representar momento posterior à aquisição do direito, momento funcional ou secundário, consoante define a doutrina italiana. Também não se encontra a mesma afirmação quando se está diante da derrogação mediante acordo ou convenção coletiva, oportunidade em que a presença do sindicato tem o poder de equiparar as forças desequilibradas da relação individual do trabalho.

Por fim, o reconhecimento da indisponibilidade do Direito do Trabalho, quer por força da realidade capitalista vivenciada pelo mundo ocidental, onde impera o desequilíbrio de forças, quer pelas normas inseridas no texto constitucional brasileiro, redundará na inexorável contradição com uma série de textos consolidados. O artigo 764 da CLT afirma que os dissídios na Justiça do Trabalho serão sempre submetidos à conciliação. No parágrafo 1º, o legislador impõe ao magistrado a obrigação de envidar esforços para alcançar a conciliação entre as partes.

---

[84] MANNRICH, N. Relações entre legislado e negociado: vale a pena retomar esse debate?. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, ano 60, n. 237, p. 165-167, 2011.

Dada a relevância do interesse em jogo (crédito de natureza alimentar), o magistrado, por força do disposto no artigo 846 da Consolidação, é obrigado a superar duas tentativas de conciliação antes de proferir o julgamento, revelando a nítida prevalência da conciliação – em que a disposição do Direito é imprescindível – sobre a sentença judicial[85].

Em razão do exposto, considera-se bastante inadequado aceitar a tese de que o Direito do Trabalho pertence ao ramo dos direitos indisponíveis, sem reflexões mais aprofundadas, como tem defendido parte da doutrina nacional. Maurício Godinho Delgado é um dos autores nacionais que mais se destacam na defesa desse enquadramento.

O doutrinador sustenta que

> "[...] a indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego."[86]

A esse propósito, Godinho Delgado diverge da doutrina que classifica as normas de Direito do Trabalho como irrenunciáveis, conforme descreveu Plá Rodrgiuez em obra de sua autoria[87]. Para o autor, essas normas são indisponíveis e, portanto, mais abrangentes que a irrenunciabilidade, dado que a indisponibilidade veda também a capacidade de transação do direito, ao passo que a irrenunciabilidade limita apenas o ato unilateral.

De fato, a renúncia pressupõe "un negocio jurídico dispositivo y unilateral que determina el abandono irrevocable de un derecho, dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico"[88].

Conclui Godinho Delgado afirmando que "não serão válidas quer a renúncia, quer a transação que importe objetivamente em prejuízo ao trabalhador"[89].

---

[85] Sérgio Pinto Martins apresenta importante comparação com outros sistemas jurídicos, destacando a influência da conciliação sobre os dissídios trabalhistas (MARTINS, S. P. *Direito processual do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008b. p. 46-52).

[86] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 201-202.

[87] Plá Rodriguez esclarece que irrenunciabilidade representa "a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio" (RODRIGUEZ, A. P. *Princípios de direito do trabalho*, p. 142).

[88] DELA VILLA, L. E. El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. *Revista de Politica Social*, Madrid, n. 85, p. 9-10, 1970.

[89] DELGADO, M. G. Op. cit., p. 202.

Essa conclusão, todavia, não demonstra, com o devido respeito e em face do quanto estudado até aqui, ser a melhor proposta.

A própria jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho, desde 1999, vem se posicionando pela validade do instituto da renúncia na esfera das relações de trabalho.

Essa assertiva se verifica pela redação da célebre Súmula nº 51 do aludido Tribunal, cujo conteúdo, em face de sua relevância para a compreensão do tema, destaca-se a seguir:

> "NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
>
> I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (ex-Súmula nº 51 – RA 41/1973, DJ 14.06.1973)
>
> II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles *tem efeito jurídico de renúncia* às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 – inserida em 26.03.1999)" (sem grifo no original)

Note-se que a citada Súmula se dirige diretamente ao disposto no artigo 468 da CLT, que representa a expressão normativa do princípio da irrenunciabilidade, ou da própria indisponibilidade, na tese de Godinho Delgado, o que indica movimentação no sentido oposto ao defendido pela doutrina restritiva.

Também é notável que a Súmula em comento faz referência à renúncia individual e no curso do contrato de trabalho, destoando da tendência em reconhecer a prevalência do poder econômico na relação de trabalho capaz de invalidar o ato livre escolha do trabalhador.

E esse não é o único caso. A Súmula nº 243, do mesmo Tribunal e em igual sentido, reconhece a renúncia como instituto válido nas relações de trabalho ao declarar que, "Exceto na hipótese de previsão contratual ou legal expressa, a opção do funcionário

público pelo regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao sistema estatutário."[90].

2.3 O Problema da Confissão de Direitos Indisponíveis

O Código de Processo Civil brasileiro estabelece, no artigo 320, que a revelia não induz o efeito da confissão fática do quanto alegado pelo autor, quando a questão posta ao Juízo versar sobre direitos indisponíveis[91].

Se, portanto, a demanda versar sobre o estado de uma pessoa, a inexistência de defesa do réu não induzirá à veracidade dos fatos alegados na petição inicial. Uma característica marcante dos direitos indisponíveis é sua tutela estatal diferenciada, por meio da lei.

O Código pretendeu atribuir garantia aos titulares de direitos indisponíveis diante da magnitude dessa espécie no contexto normativo da sociedade brasileira. Com essa afirmação, todos os direitos tidos como indisponíveis estão livres da mazela da confissão.

Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery lembram que, nesses casos, mesmo que ocorra revelia em demanda cuja lide versar, *v.g.*, sobre anulação de casamento, o autor ainda deverá provar os fatos constitutivos do seu direito (art. 333, I, do CPC), sendo vedado ao magistrado julgar a ação de forma antecipada (art. 320, I, do CPC)[92].

A jurisprudência pátria reconhece a ocorrência da confissão em dissídios individuais trabalhistas. Não obstante o artigo 844 da CLT determinar que a ausência do

---

[90] Súmula nº 243 – Resolução nº 15/1985, *DJ* 9.12.1985, mantida pela Resolução nº 121/2003, *DJ* 19, 20 e 21.11.2003.

[91] "Art. 320. A revelia não induz, contudo, o efeito mencionado no artigo antecedente: I – se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação; *II – se o litígio versar sobre direitos indisponíveis;* [...]" (sem grifo no original).

[92] NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 621.

reclamante na audiência designada implique arquivamento da demanda, a jurisprudência reconhece que, na prática atual do processo trabalhista, vem se tornando cada vez mais rara a figura da audiência una, em que se praticam todos os atos, incluindo a sentença. Com isso, tornou-se comum a prática de segmentação da instrução processual em duas ou mais audiências.

A redação da Súmula nº 74[93] do Tribunal Superior do Trabalho, portanto, admitiu ser aplicável a confissão à parte que expressamente intimada deixa de comparecer à audiência na qual deveria prestar depoimento.

Da mesma forma, esse Tribunal confirmou, pela redação da Súmula nº 9, que a ausência do reclamante em audiência de prosseguimento, quando cindida a audiência una, não implicará arquivamento da demanda, como determina o artigo 844 da CLT, em clara demonstração que o direito pretendido em Juízo se submete a rígidas regras procedimentais[94].

As regras aludidas impõem ao autor da ação dura consequência: a confissão[95].

Resta concluir, pois, que o autor da ação trabalhista ausente, sem justificativa, à audiência posteriormente designada para coleta dos depoimentos sofrerá os efeitos da confissão, reputando-se verdadeiros os fatos alegados pela parte adversária. Disso resultará grande prejuízo ao autor.

Pois bem. Admita-se assistir razão à corrente doutrinária que qualifica o conteúdo do Direito do Trabalho como sendo indisponível. Nesse caso, ter-se-á contradição lógica a superar, pois o Código de Processo Civil (art. 320) prescreve uma regra mais vantajosa que

---

[93] Súmula nº 74 – "I – Aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor.
II – A prova pré-constituída nos autos pode ser levada em conta para confronto com a confissão ficta (art. 400, I, CPC), não implicando cerceamento de defesa o indeferimento de provas posteriores.
III – A vedação à produção de prova posterior pela parte confessa somente a ela se aplica, não afetando o exercício, pelo magistrado, do poder/dever de conduzir o processo.".

[94] Súmula nº 9 – "A ausência do reclamante, quando adiada a instrução após contestada a ação em audiência, não importa arquivamento do processo".

[95] Conforme salientam Wagner Giglio e Cláudia Giglio Veltri Corrêa, "O arquivamento somente pode ocorrer pela ausência injustificada do reclamante (empregado ou empregador) à audiência inaugural. Se a audiência for adiada antes da tomada do depoimento pessoal, a reclamação não mais será arquivada, mas aplicada ao reclamante ausente a pena de confissão" (GIGLIO, W.; CORRÊA, C. G. V. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 199).

a contida na CLT (art. 844) e a resultante da interpretação dada pelo Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 9), o que não se consegue admitir, pois a presença do princípio protetor e, por conseguinte, o da norma mais favorável, conduziria à conclusão oposta.

Ao transportar a discussão para a seara que não a do Direito do Trabalho, com o objetivo de identificar outras formas de correlação entre direitos indisponíveis e confissão, encontra-se o direito a alimentos[96].

Suas raízes estão na preservação da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e familiar,[97] bens muito próximos dos objetivados pela proteção dispensada ao trabalhador.

No que tange ao instituto da confissão na ação de alimentos, nota-se que a Lei nº 5.478/1968, que regula referida ação, não prevê confissão ao autor ausente na audiência designada.

A esse propósito, Yussef Cahali leciona:

> "A sanção pelo não comparecimento do autor à audiência de ação de alimentos é o arquivamento do pedido e não a absolvição de instância; e o não comparecimento de que fala é a ausência voluntária, sem forma maior, nem justificativa. Do mesmo modo, não é caso de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 267, II, do CPC) a paralisação do processo alimentar por mais de um ano, caracterizado o abandono – é que, tratando-se de ação especial de alimentos, melhor se ajusta a cominação prevista na própria Lei 5.478/68, art. 7º, em caso de abandono ou desinteresse do alimentante pelo andamento do processo, assim, simples arquivamento do pedido."[98]

Com essas assertivas, deve-se reconhecer, até aqui, a dificuldade de se enquadrar as disposições de Direito do Trabalho como puramente indisponíveis.

---

[96] Lembra Yussef Cahali que a doutrina se orienta "no sentido de reconhecer o caráter de ordem pública das normas disciplinadoras da obrigação legal de alimentos, no pressuposto de que elas concernem não apenas aos interesses privados do credor, mas igualmente no interesse geral [...] embora sendo o crédito alimentar estritamente ligado à pessoa do beneficiário, as regras que o governam são, como todas aquelas relativas à integridade da pessoa, sua conservação sobrevivência, como direitos inerentes à personalidade, normas de ordem pública" (CAHALI, Y. S. *Dos alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 32).

[97] DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5, p. 536.

[98] CAHALI, Y. S. Op. cit., p. 578.

2.4 O Problema da Prescrição de Direitos Indisponíveis

A Consolidação das Leis do Trabalho normatizou o instituto da prescrição de direitos trabalhistas no artigo 11.

Esse dispositivo impôs aos trabalhadores a dificultosa tarefa de promover a ação judicial para a busca de seus direitos violados em apertado período de tempo de cinco anos para os trabalhadores urbanos – limitado a dois anos após o término do contrato – e em dois anos aos rurais, excetuando apenas e tão somente dos prazos prescricionais as ações declaratórias para reconhecimento do vínculo jurídico[99].

Não bastasse a Consolidação das Leis do Trabalho ter previsto o instituto da prescrição, a própria Constituição da República, em 1988, ao reiterar a intenção da sociedade brasileira em limitar o tempo disponível para a pretensão judicial da reparação dos direitos trabalhistas violados, manteve semelhante redação ao repetir os limites prescricionais previstos na Consolidação.

Mesmo tida como Constituição cidadã[100], reafirmando a importância do Direito do Trabalho para o atingimento da almejada Justiça Social, alçou ao patamar constitucional o limite de disposição do direito de ação nas questões relativas ao Direito do Trabalho.

Com a publicação, em 26 de maio de 2000, da Emenda Constitucional nº 28, o limite temporal do exercício do direito de ação trabalhista restou ainda mais apertado, ao subtrair do trabalhador rural a vantagem que possuía em relação do urbano, qual seja, a de

---

[99] "Art. 11 – O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve: (Redação dada pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998). I – em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato; (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998; II – em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural. (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998); § 1º O disposto neste artigo não se aplica às ações que tenham por objeto anotações para fins de prova junto à Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 9.658, de 5.6.1998)."

[100] A expressão *Constituição cidadã* foi cunhada por Ulisses Guimarães, tendo sido por ele utilizada pela primeira vez como título do discurso proferido em 27 de julho de 1998, na presidência da Assembleia Constituinte, e, depois, na solenidade em que foi promulgada a nova Constituição Federal, em 5 de outubro do mesmo ano (BARROSO, L. R. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista Justitia*, São Paulo, ano 65, v. 198, p. 255-267, jan.-jun. 2008, p. 259).

não considerar prescritos os direitos violados há mais de cinco anos na fruição do contrato de trabalho, passando a igualar rurais e urbanos, o que representou grande limitação[101].

No Direito pátrio não é muito comum encontrar a discussão sobre incompatibilidade de sentidos entre norma indisponível e prescrição a ela inerente.

É pertinente concluir que o direito de ação, cuja prescrição é um impeditivo, corresponde a um direito abstrato do cidadão, desvinculado da existência ou não do direito substantivo. Segundo a teoria de Liebman, o direito de ação está condicionado à reunião de certos requisitos, como legitimidade, possibilidade jurídica e interesse de agir. Presentes esses requisitos, o cidadão possui o direito de obter sentença de mérito, nada mais. Entende-se que pode ser essa a explicação aceitável da separação entre direito material substantivo e direito material adjetivo de obter tutela jurisdicional[102].

Nesse compasso, o direito tido como indisponível na cultura brasileira pode ainda assim ser considerado peça descartável da tutela jurisdicional, dada a importância ainda existente no País a respeito dos requisitos ensejadores do direito de ação. Dessa forma, nem mesmo os direitos fundamentais estariam imunes à prescrição[103].

Na verdade, Liebman quis justificar o direito de ação independentemente do direito material, no que tange ao cidadão possuir o direito de obter do Estado resposta ao seu pedido, mesmo que não possua o direito material discutido. Nessa esteira também seria possível argumentar que o Direito do Trabalho, mesmo sendo indisponível, estaria afeto à prescrição, pois o legislador da Consolidação e da Constituição – e, posteriormente, da Emenda nº 28 – não estaria pensando diretamente no direito material ao estabelecer prazo prescricional, mas no direito à ação, tanto é que o texto da Constituição se refere a "ação" como objeto da prescrição e não direito substantivo.

A assertiva em referência, no entanto, encontra obstáculo no fato de a legislação civilista prever situações cuja prescrição não se opera, como as dos artigos 197 a 200 do

---

[101] Da perspectiva do princípio constitucional do não retrocesso social, inserido no artigo 60 da CRFB, alguns escritos propõem a inusitada figura da inconstitucionalidade da Emenda nº 28, como em Carlos Alberto Frigieri (FRIGIERI, C. A. *Da inconstitucionalidade da prescrição parcial para o trabalhador rural*. São Paulo: LTr, 2009, passim).

[102] BARBI, C. A. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 27.

[103] SAAD, E. G. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2000a. p. 52.

Código Civil brasileiro, o que reacende a problemática da prescrição sobre direitos tão socialmente relevantes, como os de natureza trabalhista, e põe em discussão a natureza indisponível que a eles pretende conferir parte da doutrina.

Observe-se, *v.g.*, o tema envolvendo a prescrição do direito de ação do trabalhador doméstico. Como se sabe, a CLT prevê, no artigo 11, a sistemática da prescrição para a ação trabalhista em geral, mas exclui, de maneira expressa, a aplicação de seus preceitos aos trabalhadores domésticos[104].

É sabido, também, que o artigo 7º da CRFB estendeu aos trabalhadores domésticos vários direitos trabalhistas constitucionalmente previstos aos demais empregados rurais e urbanos, ao elencá-los, de modo taxativo, no parágrafo único.

Na relação inserta no parágrafo único em comento, não consta o inciso XXIX do mesmo dispositivo que traz a atual sistemática de prazos prescricionais da ação trabalhista.

A Lei nº 5.859/1972, que disciplina a relação de trabalho doméstico, é silente no tocante a prazos prescricionais. Estaria, então, a ação do trabalhador doméstico fora dos limites da prescrição da ação trabalhista? Seria ela imprescritível?

Se a interpretação do Direito do Trabalho resultar no reconhecimento da indisponibilidade de seus preceitos, razoável seria interpretá-los como imprescritíveis. Mas não é essa a posição dominante na doutrina.

Alice Monteiro de Barros sustenta que, mesmo não constando do texto constitucional, a prescrição da ação trabalhista alcança os trabalhadores domésticos. A autora justifica ser mesmo da boa técnica legislativa a ausência da referência à prescrição no parágrafo único do artigo 7º, pois, pela redação do dispositivo constitucional, estendem-se aos trabalhadores domésticos *os direitos* previstos nos incisos a que faz referência. Ora, a prescrição não seria um direito, mas um obstáculo a ele[105,106].

---

[104] Artigo 7º, alínea "a", da CLT.

[105] BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 1045.

[106] Necessária ressalva deve ser feita ao posicionamento de Sérgio Pinto Martins. Para o autor, tudo indica, utilizando-se das *normas gerais inclusivas* de Norberto Bobbio, a prescrição do trabalhador doméstico não é a prevista nem na CLT, nem na CRFB, dadas as propositadas exclusões feitas pelos citados textos. Para

A jurisprudência tem acompanhado esse raciocínio, considerando aplicável aos domésticos a regra prescricional prevista no inciso XXIX[107].

É forçoso reconhecer, portanto, que, mesmo não havendo expressa menção aos créditos provenientes da relação de trabalho doméstico, o inciso XXIX do artigo 7º da CRFB dispõe a respeito da regra geral da prescrição nas ações decorrentes da relação de emprego. Por ser a relação do doméstico uma relação de emprego sem regra específica sobre prazo prescricional, mostra-se adequada a utilização da regra matriz, ainda que não tenha o legislador constituinte mencionado o inciso XXIX, no parágrafo único do artigo 7º, quando pretendeu estender os direitos dos trabalhadores em geral aos domésticos.

Ainda em uma perspectiva comparada com o direito aos alimentos, nota-se clara demonstração de fidelidade da sua regulamentação com a qualidade de indisponibilidade de seus preceitos. É esses direitos jamais prescrevem[108], indicando que, embora próximos, ambos não pertencem à mesma classificação.

Para dificultar ainda mais a conclusão sobre essa relação tempestuosa entre direito indisponível e prescrição, é escorreito afirmar que o Direito não adotou regra específica para estabelecer os limites da prescrição sobre esses direitos.

O Direito italiano, no entanto, previu, no Código Civil, que os direitos indisponíveis são imprescritíveis, consoante reproduzido a seguir:

Sérgio Martins, a prescrição aplicável é a do Código Civil (MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 697/698).

[107] A ementa a seguir é paradigmática: "EMPREGADO DOMÉSTICO – PRESCRIÇÃO. A prescrição aplicável aos empregados domésticos é prevista no art. 7º, inciso XXIX, da Constituição da República, que deve ser aplicado por analogia, pois o supracitado dispositivo abrange todos os empregados, rurais ou urbanos. Recurso de Revista conhecido e provido para extinguir o processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 269, inciso IV, do CPC." (TST DECISÃO: 22 11 2000 PROC: RR NUM: 374972. ANO: 1997. REGIÃO: 12 RECURSO DE REVISTA TURMA: 05 Relator: MINISTRO JOÃO BATISTA BRITO PEREIRA ÓRGÃO JULGADOR – QUINTA TURMA DJ – 07/12/2000).

[108] Ao menos na perspectiva da prescrição total, pois, como ensina Maria Helena Diniz, o direito aos alimentos "é imprescritível, ainda que não exercido por longo tempo, enquanto vivo tem o alimentando direito a demandar do alimentante recursos materiais indispensáveis a sua sobrevivência, porém se seu *quantum* foi fixado, judicialmente, prescreve em 2 anos a pretensão para cobrar as prestações de pensões alimentícias vencidas e não pagas (CC, art. 206, § 2º)" (DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*, p. 548).

> "Art. 2.934. Estinzione dei diritti
>
> Ogni diritto si estingue per prescrizione, quando il titolare non lo esercita per il tempo determinato dalla legge.
>
> Non sono soggetti alla prescrizione i diritti indisponibili e gli altri diritti indicati dalla legge (248 e seguente, 263, 272, 533, 715, 948,1422)."[109]

Essa regra permite observar que, no sistema italiano, os direitos indisponíveis estão gravados pela imprescritibilidade, o que facilita em muito a tarefa de classificar os direitos oriundos da relação de trabalho, os quais são prescritíveis nesse sistema.

A assertiva justifica-se porque os direitos oriundos da relação de trabalho, na Itália, prescrevem e decaem.

O artigo 2.113, parágrafo segundo, do Código Civil italiano, prevê prazo decadencial para propositura da ação que pretende rever transação ou renúncia realizada pelo empregado fora das hipóteses legalmente admitidas no mesmo artigo[110].

O artigo 2.948, item 5, por sua vez, estabelece que "le indennità spettanti per la cessazione del rapporto di lavoro"[111] prescrevem em cinco anos. A indenização apontada diz respeito àquela prevista no artigo 2.118 do Código Civil italiano, que trata do ressarcimento pela rescisão contratual.

No tocante aos salários, determina o referido Código, no artigo 2.956, que a prescrição será de três anos. As condições prescritivas e decadenciais apontadas são relevantes para se afirmar a incompatibilidade de se conceituar o Direito do Trabalho como direito indisponível, no sistema italiano.

A esse propósito, a Corte Constitucional italiana já decidiu que

> "[...] non comporta tuttavia un'assoluta indisponibilità, e come non esclude la prescritibilità del diritto, cosi non impedisce al legislatore di

---

[109] Tradução livre do original para este trabalho: "Art. 2934: Extinção dos direitos. Todo direito se extingue por prescrição, quando o titular não o exercita pelo tempo determinado pela lei. Não são sujeitos à prescrição os direitos indisponíveis, e os outros direitos indicados na lei (248 e seguinte, 263, 272, 533, 715, 948,1422)"

[110] É o seguinte o teor do referido artigo: "L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.".

[111] Tradução livre do original para este trabalho: a indenização decorrente da cessação da relação de trabalho"

> disciplinare le forme e i modi di esercizio del potere di impugnazione degli atti di disposizione eventualmente compiuti dal lavoratore, sotto pena di decadenza."[112]

Retoma-se, aqui, o sistema brasileiro, sobre o qual é possível afirmar que o Direito do Trabalho não cuidou de gravar seus preceitos com a marca da imprescritibilidade, permitindo não somente sua incidência, mas também a da confissão, incomuns nos direitos tidos como indisponíveis. Com isso, torna-se improvável o enquadramento do Direito do Trabalho como indisponível, o qual carece, ainda, de melhor classificação.

2.5 A Tese da Gradação da Indisponibilidade: Indisponibilidade Relativa

Godinho Delgado ainda defende a ideia de ser possível considerar o Direito do Trabalho um conjunto de regras que admite a presença da chamada "indisponibilidade relativa" como sendo uma situação que permitiria, excepcionalmente, ao titular, o direito de dispor da norma em seu favor.

Na definição ofertada pelo referido autor, considera-se *disponibilidade relativa* "quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracteriza um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico"[113].

Godinho Delgado não é o único a defender a possibilidade de considerar o Direito do Trabalho em graus de disponibilidade[114]. Délio Maranhão, já em 1966, pontificava em

---

[112] Sentença nº 77, de 20 de março de 1974. Tradução livre do original para este trabalho: "Não comporta todavia, uma absoluta indisponibilidade, e como não exclui a disponibilidade do direito, assim não impede ao legislador de disciplinar as formas e os modos do exercício do poder de impugnação dos atos de disposição eventualmente realizados pelos empregados, sob pena de decadência".

[113] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*, p. 218.

[114] A definição de Godinho Delgado encontra apoio em Ludovico Barassi, segundo o qual o Direito do Trabalho admite diferentes graus de "rigidez categórica", enquadrando-o entre "rigidamente categóricos", limitadamente categóricos" ou puramente dispositivos" (BARASSI, L. *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Alfa, 1953. p. 105).

igual sentido. Para o autor, o grau de disponibilidade prende-se à natureza predominante do interesse em jogo; assim, por um lado, será absoluta a indisponibilidade, quando a tutela legal do trabalho envolver interesse público, ou interesse abstrato da categoria, porque o interesse protegido não é eminentemente individual, mas coletivo e social, retirando-se integralmente da capacidade de disposição do trabalhador. Por outro lado, seria sempre relativamente disponível quando o interesse não ultrapassasse a esfera individual, como no caso da negociação sobre salários contratuais acima do mínimo[115].

Com essas afirmações, impõe-se admitir que o Direito do Trabalho não é um ramo que reconhece a indisponibilidade de suas regras de forma indubitável; ao contrário, o momento social e econômico de cada sociedade lhe atribui maior ou menor vitalidade, vagando entre o indisponível e o disponível. Podem ocorrer momentos em que se considere ineficaz determinada disposição de um direito e, em outros, mesmo sem alteração legislativa, se reconheça a licitude do ato – ou o contrário.

Com base nessa conclusão é possível identificar, ao menos, dois importantes obstáculos a serem superados: primeiro, como pode um direito ser relativamente indisponível se a definição do vocábulo corresponde exatamente à negação da disposição?; e, segundo, é possível – em termos metodológicos – identificar de forma segura as características desse grupo indisponível de direitos?

A primeira indagação se justifica pela impossibilidade real de se afirmar um instituto cuja definição implica a negação do seu oposto.

Vive-se a tendência de relativizar tudo: o casamento, a religião, os valores éticos e tudo mais. Com o Direito não tem sido diferente. Já se relativizaram a coisa julgada e os direitos fundamentais – tudo em homenagem à adaptação à realidade moderna, sempre em prol de melhor ajuste dos institutos, que permita sua utilização de maneira mais adequada, como que relativizando os extremos.

A proveitosa técnica de relativização encontrou no Direito do Trabalho grande espaço para sua evolução. Ainda se buscam os limites da negociação coletiva, do direito de

---

[115] MARANHÃO, D. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Serviço de Publicações, 1966. p. 33.

greve e, na esfera das relações individuais, busca-se encontrar novos limites do contrato de trabalho, dado o surgimento dos modernos contratos do Direito europeu.

A semântica, todavia, rejeita a possibilidade de se utilizarem qualificativos que comprometam o significado da expressão. *Indisponível*, conforme Caldas Aulete, é adjetivo que qualifica aquilo de que *não se pode dispor*[116].

Há algumas expressões ou institutos que não admitem flexões tão radicais. É possível encontrar, no entanto, em certos institutos essa possibilidade. A capacidade civil é uma delas. O Código Civil brasileiro em vigor, nos cinco primeiros artigos, disciplina a maioridade civil e a capacidade (absoluta e relativa) para a prática dos atos da vida civil.

Nesse Código encontra-se a forma de relativização da capacidade, ao reconhecer a validade dos atos, mediante certa condição. Em razão disso, para o Direito Civil, há os capazes, os incapazes e os relativamente incapazes (art. 5º), cujos atos da vida civil são válidos, desde que praticados mediante assistência por aqueles que a lei encarregou de fazê-lo – quer seja pelo grau de parentesco, relação de ordem civil, ou determinação judicial[117].

O mesmo não se pode admitir com o conceito, *v.g.*, da morte. Não se pode admitir que alguém esteja relativamente morto, pois a morte pressupõe a ausência de vida. Pode-se, popularmente, dizer que determinado sujeito está relativamente morto, quando na verdade deseja-se expressar a condição próxima da morte em que ele se encontra em decorrência do quadro de saúde, mas jamais seria possível aceitar validamente essa expressão popular no estudo científico de uma disciplina como o Direito.

Podem-se citar fartos exemplos de situações em que determinado conceito ou instituto não admite a qualidade de relatividade, como é o caso da indisponibilidade dos direitos.

A característica marcante de ausência do poder de disposição qualifica a expressão de modo inflexível.

---

[116] AULETE, C. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1970. v. III, p. 1.953.

[117] FIUZA, R. *Novo código civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 10.

Denota, portanto, não se sustentar a possibilidade de se admitir que determinado ramo do direito comporte a figura da indisponibilidade relativa. Ou é disponível, ou é indisponível, ou, ainda, admite normas disponíveis e normas indisponíveis.

Conclui-se, por tudo o quanto foi estudado até aqui, pela presença, no Direito do Trabalho, tanto de normas indisponíveis como de normas disponíveis. Como classificá-las, então, a fim de que seja possível responder à segunda questão formulada, qual seja, se é possível – metodologicamente falando – identificar de forma segura as características desse grupo indisponível de direitos.

2.6 Relação entre Direitos Indisponíveis e Ordem Pública

Conforme assinalado, direito indisponível é todo aquele conjunto de regras dotadas de uma qualidade específica e que, diante da relevância que ocupam em determinada sociedade e tempo – assim como as de ordem pública –, são retiradas, do particular, a faculdade de dispor de seus conteúdos, tornando-as de observância obrigatória.

De fato, a semelhança atrai a confusão entre seus limites. Seriam de ordem pública todas as regras indisponíveis? É um atributo indelével das normas de ordem pública a indisponibilidade pelos particulares?

A doutrina e a práxis judicial respondem negativamente. Embora a essência das regras indisponíveis e de ordem pública se encontre no interesse público e social envolvidos na espécie de proteção dispensada a eles, constituem institutos distintos.

Embora determinado direito seja reconhecido como de ordem pública, como expressão de sua relevância para a sociedade, isso não significa, necessariamente, que ele será indisponível pelo seu titular.

No Direito comum, encontra-se situação bastante peculiar e que se assemelha muito aos direitos inerentes à relação de emprego quando se toca no tema da indisponibilidade. Trata-se do Direito de Família.

O Direito de Família pode ser tido como o mais humano dos ramos do Direito, pois busca dar proteção e respeito à dignidade da pessoa, desde o seu nascimento[118].

Embora não seja reconhecido como Direito público, a doutrina reconheceu sua relevância destacada, cujas disposições são impregnadas pela imperatividade, dado que a família é "um organismo social intermediário entre o Estado e o indivíduo"[119].

Mesmo nesse cenário de ampla proteção, cuja ordem pública é marcante, a indisponibilidade não se apresenta de modo inflexível.

De início, nota-se que, com a introdução da Lei nº 11.441/2007, foi radicalmente modificada a sistemática de homologação de divórcios e separações, assumindo-se uma opção de política legislativa de afastamento do Judiciário desse plano, ao se autorizar os interessados a promover o registro desse ato diretamente no Tabelionato de Notas[120].

Diz-se que a ordem pública permeia o Direito de Família porque o Estado, por meio da regulamentação legal, determina os limites necessários à proteção da vida e da convivência.

Em especial, essa proteção se mostra muito eficaz quando se trata do direito a alimentos – mais uma vez mostra-se necessária a comparação com o Direito do Trabalho. A proteção se justifica pelo valor envolvido – a vida, bem mais precioso e primeira necessidade da pessoa humana.

O Código Civil brasileiro de 2002 disciplina a irrenunciabilidade do direito a alimentos ao prever, no artigo 1.707, que "pode o credor não exercer, porém lhe é vedado

---

[118] DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 70.

[119] WALD, A. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 5.

[120] Assim restou redigido o novo artigo 1.124-A do CPC brasileiro: "A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento.".

renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora".

A norma em questão limita a disposição do direito, impedindo sua renúncia, instituto menos abrangente, ligado à abstenção do gozo de determinado direito. Nesse caso o legislador opera como um freio ao exercício do direito de abdicar de certa vantagem que comprometerá a própria subsistência do titular, impedindo-o de renunciar. No entanto, no mesmo momento em que impede a renúncia pura e simples do direito, permite o seu não exercício, o que resulta em uma renúncia ao exercício e não ao direito propriamente dito[121].

Mesmo diante da dicção do artigo 1.707 do Código Civil brasileiro, a renúncia – vedada expressamente pelo citado dispositivo – vem sendo admitida, em especial, quando não há relação de parentesco envolvida.

Durante a terceira Jornada de Direito Civil, realizada em Brasília, entre os dias 1º e 3 de dezembro de 2004, aprovou-se a redação do Enunciado nº 263, cujo conteúdo autoriza interpretação mais abrangente do artigo 1.707 e conclui ser admissível renúncia manifestada por ocasião do divórcio, limitando a renúncia apenas aos casos em que subsista o vínculo familiar[122].

Referida assertiva aponta para a direção do reconhecimento de que a casuística é capaz de moldar os limites da ordem pública, mesmo quando haja orientação divergente no texto legal e ainda que o tema seja de extrema relevância para a sociedade, como o que envolva o direito aos alimentos.

Além disso, é relevante lembrar que o mesmo Código Civil (art. 206, § 2º) estabelece prazo prescricional de dois anos para a pretensão em Juízo da verba alimentar, o que corrobora a tese de que, embora sendo de ordem pública, um interesse legitimamente regulado está sujeito a limites e que esses limites podem se revelar de várias formas, como a possibilidade excepcional de renúncia e até perda do exercício da ação respectiva pelo decurso do tempo.

---

[121] DINIZ, M. H. *Código civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.397.

[122] O teor do Enunciado nº 263 é o que se segue: "O art. 1.707 do Código Civil não impede seja reconhecida válida e eficaz a renúncia manifestada por ocasião do divórcio (direto ou indireto) ou da dissolução da 'união estável'. A irrenunciabilidade do direito a alimentos somente é admitida enquanto subsistir vínculo de Direito de Família.".

Infere-se, pois, que o atributo de indisponibilidade não é caráter necessariamente inerente aos direitos de ordem pública, mas apenas ocasionalmente verificável.

É comum encontrar na doutrina e na jurisprudência tendência a equiparar os dois conceitos, misturando suas aplicações e limites, com o que não se pode concordar.

Como indisponível reconhece-se a restrição, pelo titular do direito, do exercício de quaisquer dos atos de disposição, implicando verdadeira ordem de obediência incondicional aos preceitos de determinada legislação. Assim, quando o legislador impõe *v.g.*, a competência da Justiça do Trabalho para apreciar e julgar ações oriundas da relação de trabalho, não é dado às partes contratar de forma diversa, abrangendo relações de consumo, *v.g.*, ainda que se possa imaginar seja em favor da parte hipossuficiente.

O mesmo ocorre quando o legislador trata do exercício do poder fiscalizador do Estado, que, por meio do Ministério do Trabalho e Emprego, exerce o controle do cumprimento da legislação trabalhista. É impensável admitir-se que, por convenção das partes, a atuação do Ministério do Trabalho e Emprego possa ser restringida ou alargada, pois se trata, na sua essência, de norma indisponível aos particulares.

Nos casos citados, estar-se-ia diante de normas de ordem pública – pelo interesse social envolvido – e também de direito indisponível, frise-se, como faz a doutrina francesa, mesmo que em favor do trabalhador referida norma não admita convenção em sentido diverso[123].

Ao analisar, ainda, os preceitos de Direito do Trabalho na perspectiva de identificar sua condição de (in)disponibilidade, faz-se necessário investigar em que medida a classificação como direito fundamental atribuída a ele contribui para revelar essa condição. É que alguns preceitos de Direito do Trabalho foram relacionados entre os direitos e garantias fundamentais, na Constituição da República.

---

[123] "Certains textes sont dórdre public absolu; c'est-à-dire gu'on ne peut y déroger, ni dans un sens ni dans l'autre (plus favorable)" Tradução livre do original para este trabalho: "Certos textos são de ordem pública absoluta, quer dizer, não podem ser derrogados, nem em um senso, nem em outro (mais favorável)." (MAZEAUD, A. *Droit du travail*, p. 46).

Difícil, metodologicamente falando, é propor a qualidade de fundamental a direitos constantes da legislação infraconstitucional, mas ausente do rol previsto no Título II da Constituição da República.

Basta analisar o Capítulo II, do Título II, da Constituição da República, para se observar a inclusão dos artigos 7º, 8º, e 9º, principais referenciais normativos da relação de trabalho, como integrante dessa categoria de direitos fundamentais[124].

Paulo Bonavides afirma até mesmo que os direitos sociais estabelecidos na Constituição deveriam ser reconhecidos como cláusulas pétreas, qualidade máxima da relevância de um direito previsto no texto constitucional[125].

Muito embora o tema da intangibilidade dos enunciados normativos trabalhistas seduza pela contemporaneidade e relevância de sua discussão, não se abrirá neste estudo, em razão de seus limites de pesquisa, o debate das cláusulas pétreas e do Direito do Trabalho, mas elucidar sua condição de norma fundamental contribuirá para robustecer as afirmações que se sustentará nesta pesquisa.

Não obstante Robert Alexy ensinar que os direitos fundamentais não estão necessariamente restritos àqueles inseridos nos artigos 1º a 19 da Lei Fundamental alemã, e que, além dos rotulados como tal, existem os direitos essencialmente fundamentais[126], como, aliás, enfrentou-se aqui em relação ao tema da ordem pública, entende-se desnecessário enfrentar a temática da ampliação dos direitos fundamentais no texto constitucional brasileiro, até porque a Constituição da República tratou de elencar os principais enunciados normativos da relação de trabalho no Título II, que é propositadamente intitulado "Dos direitos e garantias fundamentais".

---

[124] Além, claro, dos preceitos contidos nos incisos XIII (liberdade de trabalho), XVII (liberdade de associação) e XX (liberdade de manter-se filiado ou não a associações) do artigo 5º da CRFB que são considerados direitos fundamentais gerais e não específicos do trabalhador e que, por isso, não estão destacados no estudo.

[125] BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 594.

[126] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de los Estudios Constitucionales, 1997. p. 65.

O Direito do Trabalho é, portanto, composto de enunciados normativos fundamentais, ou *disposições de direito fundamental*[127].

É imperativo, neste momento, conceituar direito fundamental. Sabe-se que essa é uma das tarefas mais árduas, quer pela abstração do termo, quer pela repercussão internacional de seu valor.

Essa complexidade fez a doutrina confundir diversos conceitos, não sendo raro encontrar o conceito de direitos fundamentais associado a direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos do homem etc..

Robert Alexy, em obra de indispensável leitura, já afirmava que "no existe casi ninguma disciplina en el ámbito de las ciencias sociales que no esté en condiciones de aportar algo a la problemática de los derechos fundamentales desde su punto de vista y con sus métodos"[128].

A dificuldade impõe conceituação mais abrangente e menos restritiva, capaz de captar a essência de sua proposição sem, contudo, deixar de pontuar sua característica indissociável. Com isso, conceitua-se direito fundamental como o direito subjetivo privilegiado[129]. Esse direito deve ser analisado sob a ótica humanista, pois se refere a direitos sem os quais a condição humana se torna inadequada e, por vezes, a própria sobrevivência é colocada em risco[130].

Resta investigar se essa condição de disposição de direito fundamental modifica ou limita as afirmações produzidas até aqui ou se, mesmo sendo considerada como tal, ainda estar-se-ia diante de normas disponíveis em seu grande número.

A assertiva de José Afonso da Silva, de que uma característica das normas fundamentais é sua condição de inalienabilidade, destaca-se das demais.

---

[127] ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 63.

[128] Ibidem, p. 27.

[129] Essa definição é de Gregorio Robles (ROBLES MORCHÓN, G. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995. p. 20-22).

[130] SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 178.

Para esse autor, todas as normas de direito fundamental "são direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico-patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis"[131].

José Afonso da Silva considera os direitos fundamentais imprescritíveis. Sua afirmação baseia-se na ideia de que eles não possuem caráter patrimonial, por isso, podem ser exigidos a qualquer momento[132].

A afirmação demonstra chocar-se com o texto do inciso XXIX, do artigo 7º, da CRFB, que prevê expressamente a prescrição dos créditos trabalhistas.

Adiante, o autor reconhece essa qualidade conferida aos direitos do trabalhador na Constituição, ao afirmar que os direitos sociais são a dimensão dos direitos fundamentais do homem[133].

Ao observar a tendência contemporânea de ampliação dos direitos fundamentais, no entanto, nota-se que a doutrina abrandou a ideia de indisponibilidade de suas prescrições, admitindo não apenas a disponibilidade pelo titular, mas também, com muita frequência, os limites aos direitos fundamentais.

A própria proporcionalidade como técnica de solução de colisões entre preceitos constitucionais, admitida e defendida pela doutrina e pela jurisprudência contemporâneas, reconhece, na verdade, a possibilidade de limitação desses direitos, ou seja, embora a amplitude dos direitos fundamentais seja um ideal da sociedade, reconhecendo-se indispensável o princípio do não retrocesso dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV, da CRFB), essa amplitude acarretará, em dado momento, a colisão desses direitos em expansão, admitindo-se, a partir daí, mecanismos de restrição[134].

---

[131] SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181.

[132] Ibidem, loc. cit..

[133] Ibidem, p. 286.

[134] Entre outros, Virgílio Afonso da Silva defende a ideia da coexistência da *expansão* e da *restrição*, como aparentes paradoxos decorrentes do desenvolvimento dos preceitos considerados fundamentais, mitigando a incisiva tese da progressão ilimitada desses indispensáveis direitos (SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, v. 4, p. 23-51, 2006, p. 25).

Assim, a ampliação dos limites do preceito constitucional, que prevê a liberdade dos sujeitos (art. 5º, *caput*, VI, XVII), acarretará, em determinado momento, a colisão face à liberdade, propriedade, (art. 5º, *caput*, XXII), ou à intimidade de outrem (art. 5º, X) todos dispositivos da Constituição da República.

Esse *suporte fático*[135] que garante, no caso das regras, a subsunção e, no caso dos princípios, o sopesamento, representa bem o estado atual dos estudos sobre a colisão de preceitos considerados fundamentais.

Ou se admite a existência de ferramentas capazes de solucionar essa colisão, como a técnica da proporcionalidade, ou estar-se-á diante de uma impossibilidade de ampliação sistemática e evolutiva desses direitos.

O estabelecimento dessa técnica de solução de conflitos desejados de preceitos constitucionais – desejados porque se espera a ampliação o quanto possível dessa espécie de preceitos –, reitera-se, implica reconhecimento da existência de seus limites, consoante a ótica de que não existem direitos absolutos[136].

Esse reconhecimento é indispensável às conclusões deste estudo, pois se limites há, e se eles estão à disposição da dogmática jurídica, também devem estar à disposição do titular. Ressalta-se, neste momento, que o reconhecimento das restrições a direitos fundamentais não se confunde com suas violações. A restrição pressupõe autorização constitucional da intervenção em determinado direito como técnica de acomodação de seus limites e a violação representa, como se sabe, quebra da ordem jurídica, o que não se admite como possível.

---

[135] Virgílio Afonso da Silva define suporte fático como sendo a "presença da condição para que a consequência jurídica possa ocorrer". Trata-se da análise da situação real – ações, estado ou posições jurídicas – e do quão próxima ela está de ser considerada abrangida pelos privilégios dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o autor propõe a análise da situação real pautada no conceito de *suporte fático amplo*, este, sim, em coerência com o ideal de ampliação dos direitos fundamentais, admitindo abrangência bem extensa do âmbito temático dos direitos fundamentais e reconhecendo, como condição de viabilidade dessa ampliação, a existência de restrições (SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 4, p. 27-35).

[136] Arion Romita traz importante ensinamento sobre os limites dos direitos fundamentais e confronta direitos tidos como ilimitados, como o direito à vida, para demonstrar, com lucidez, que mesmo nesses casos os limites são existentes e até recomendados. Afirma, ainda, que o estado de necessidade, a legítima defesa, o aborto nos casos legais, a pena de morte em regimes em que essa punição é admitida, entre outras restrições, representam bem o desejo da sociedade em manter limites até sobre direitos tidos como de valores inquestionáveis (ROMITA, A. S. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012. p. 194).

Se há limites é adequado reconhecer que seus titulares também podem deles dispor em certa medida. Isso porque ao reconhecer esses limites reconhece-se, como resultado, a inexistência de supremacia de seu conteúdo não o tornando imune a manipulação pelo titular.

Para melhor clarificar a afirmação aqui produzida, far-se-á importante paralelo com um texto bíblico de profundo e sempre indispensável ensinamento. O texto encontra-se no Livro de Marcos 2:23-28[137]. Nessa passagem, Jesus e seus discípulos recolhem espigas de milho para se alimentarem em pleno sábado, dia consagrado pelos judeus e que nenhuma atividade dessa natureza deveria ser realizaada. Ao ser interpelado pelos fariseus em razão de tamanha violação, Jesus explica a eles que "o sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado"[138]. Outras passagens, como em João 5:17, em que Jesus cura um paralítico também no sábado, mostram a evidente lição cristã de que a Lei Mosaica (Livro do Êxodo 20:8) não havia sido feita para que o homem a ela se tornasse escravo, mas para que sua fé fosse evidenciada. Toda vez, no entanto, em que o respeito à Lei comprometesse algo maior, deveria ela ser afastada ou interpretada de maneira que aquele objetivo maior fosse priorizado.

Assim ocorre com os direitos aqui estudados. Sua relevância não pode se confundir com aprisionamento cego a seus preceitos, como se a obediência a eles fosse traduzida em um fim em si mesmo.

Há algo maior a ser alcançado por meio dos direitos, que é o bem-estar social, que também pode ser alcançado mediante o reconhecimento da supremacia do interesse do sujeito de determinado direito, não apenas na observância irrestrita e inviolável do preceito legal, como se o interessado final fosse o Estado e não o cidadão que trabalha.

Por isso diz-se que o reconhecimento das limitações ou restrições dos direitos implica reconhecer que seu objetivo final não é o respeito irrestrito ao texto ou à norma, mas sua observância em confronto com o atingimento do seu fim, qual seja, o de que

---

[137] Também a mesma passagem está descrita nos Livros de Matheus 12:1-8 e Lucas 6:6-11 (BÍBLIA Sagrada. Versão revista e corrigida na grafia simplificada, da tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Junta de Educação Religiosa e Publicações Imprensa Bíblica Brasileira, 2006 (Novo Testamento)).

[138] Ibidem, p. 31.

viabilização do bem estar do seu titular, por isso apropriado admitir a vontade do sujeito como ingrediente indispensável dessa validação, sempre, obviamente, reconhecendo a desigualdade da relação jurídica analisada.

Diante disso, a possibilidade de haver limitações ao direito fundamental implica reconhecer sua mesma capacidade dispositiva dada ao titular, sempre na perspectiva de sua evolução e desenvolvimento.

No entanto, para que essa afirmação seja válida, faz-se necessário a presença da colisão de direitos tidos como fundamentais. Sem a presença dela, a disposição do direito fundamental do trabalhador traduz-se na mera renúncia indesejada de direitos de primeira grandeza, o que não se pode admitir. Por isso, os direitos trabalhistas elencados no Capítulo II, do Título II, da Consituição da República só admitem disposição do titular se se verificar presente o conflito com outro preceito da mesma natureza, como ocorre, *v.g.*, com a liberdade em optar por regulamento de empresa menos favorável ao trabalhador, que causaria aparente nulidade em uma análise segmentada do artigo 9º da CLT, mas que a jurisprudência tratou de reconhecer sua validade com a revisão da Súmula nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho[139].

Os direitos trabalhistas relacionados como fundamentais pelo texto constitucional admitem, portanto, capacidade dispositiva de seus titulares, desde que respeitada a condição de colidir com outro direito fundamental daquele que trabalha, abrindo-se espaço à utilização da proporcionalidade como técnica de solução dessa colisão e que, por limitação da pesquisa, não se debruçará sobre seus conceitos e contornos neste estudo.

No tocante à posição da jurisprudência a propósito da adoção de uma resposta necessária à uniformização desejada sobre o tema da (in)disponibilidade dos direitos da relação de emprego, deve-se alertar que os tribunais brasileiros não têm contribuído para a construção tranquila de uma teoria. É que nas oportunidades em que o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou sobre a temática da (in)disponibilidade dos direitos oriundos da

---

[139] A Súmula nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho tem a seguinte redação: "Cláusula Regulamentar – Vantagem Anterior I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. *II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro.* (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 – inserida em 26.03.1999)" (sem grifo no original).

relação de trabalho o fez de modo a demonstrar falta de harmonia no posicionamento de seus integrantes, resultado natural dos movimentos de acomodação de novos paradigmas.

A título de exemplo, cite-se julgamento do Recurso de Revista[140] cujo Relator fora o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, vencido naquela ocasião pelo voto predominante e redigido pelo Ministro Maurício Godinnho Delgado, no qual o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu que, diante da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e da irrenunciabilidade de seus preceitos, não poderia ser considerado o efeito de quitação e liberação geral conferido pela homologação de acordo firmado em sede de comissão de conciliação prévia[141].

Segundo entendimento da maioria, naquela ocasião, a eficácia liberatória do acordo homologado pela Comissão devia limitar-se, em razão dos princípios ali enfocados, tão somente às verbas constantes expressamente do termo, permitindo ao Juízo aquilatar a real

---

[140] Processo TST nº 41400-11.2007.5.03.0108, publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 9 abr. 2010.

[141] "RECURSO DE REVISTA. TERMO DE QUITAÇÃO FIRMADO PERANTE A COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. EFEITOS RESTRITOS. PRINCÍPIO DA IRRENUNCIABILIDADE E DA INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS TRABALHISTAS. GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. A irrenunciabilidade inata aos direitos laborais constitui, talvez, o veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. A expressão "irrenunciabilidade", contudo, não parece adequada a revelar a amplitude do princípio enfocado. Renúncia é ato unilateral, como se sabe. Entretanto, o princípio descritivo examinado vai além do simples ato unilateral, interferindo também nos atos bilaterais de disposição de direitos (transação, portanto). Para a ordem justrabalhista, não serão válidas quer a renúncia quer a transação que implique, objetivamente, prejuízos ao trabalhador (art. 468, CLT). Por essa razão, em face da amplitude do princípio – por além do ato meramente unilateral –, sua melhor enunciação seria através do princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas, que constitui regra geral no Direito Individual do Trabalho do país, estando subjacente a pelo menos três relevantes dispositivos celetistas: art. 9º, 444 e 468. Isso significa que o trabalhador, quer por ato individual (renúncia), quer por ato bilateral negociado com o empregador (transação), não pode dispor de seus direitos laborais, sendo nulo o ato dirigido a esse despojamento. Assim, à luz dos princípios informadores do Direito do Trabalho – o tutelar e o da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, que não conferem legitimidade aos procedimentos prejudiciais ao empregado –, e tendo-se em conta também a garantia constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional consagrada no artigo 5º, inciso XXXV, da CF, entende-se que a quitação concedida pelo empregado perante a comissão de conciliação prévia, mesmo que por cláusula expressa conferindo eficácia liberatória geral ao ato, abrange tão-somente a matéria e as questões que foram objeto da demanda submetida ao órgão conciliador, não impedindo que o obreiro pleiteie judicialmente outros direitos que entenda devidos. Não se trata de negar validade ao Termo de Conciliação, mas de reconhecer que referido ato jurídico não possui eficácia para produzir quitação plena e irrestrita em relação a todos os créditos decorrentes do contrato de trabalho, abrangendo parcelas sequer mencionadas no termo de quitação da Comissão de Conciliação Prévia. Pontue-se que a transação capaz de autorizar a extinção do processo pressupõe acordo homologado em juízo (art. 831, parágrafo único, da CLT), entendimento já pacificado nesta Corte Superior Trabalhista pela Súmula 100, V, e pela OJ 132 da SBDI-2, ambas do TST. Essa compreensão pela restrição dos efeitos jurídicos dos documentos rescisórios extrajudiciais já está consagrada pela jurisprudência em situações congêneres, quer por meio da Súmula 330/TST, quer pela OJ 270/SBDI-1/TST, sendo prudente, razoável e proporcional estender o mesmo critério interpretativo para o sentido da regra insculpida no art. 625-E da CLT."

transação, sem perda irreparável de direitos – mesmo diante da expressa menção liberatória do parágrafo único do artigo 625-E da CLT.

Em sequência, a parte prejudicada interpôs novo recurso, dessa vez de Embargos, o qual teve suas razões acolhidas para modificar de modo drástico o resultado anterior, conferindo plena validade ao termo de quitação firmado em Comissão de Conciliação Prévia, independentemente de menção às verbas lançadas no termo[142].

Em verdade, a decisão[143] ressaltou o fato de que a lei, ao criar as Comissões de Conciliação Prévia, demonstrou o interesse em permitir que as partes possam encontrar, por meio da autocomposição, a saída mais adequada para suas necessidades. Assim, não havendo restrição no texto legal à eficácia liberatória do termo, exceto no tocante às verbas expressamente ali ressalvadas, não poderia o julgador operar no texto, correspondendo a uma sentença *citra legem*.

Outro exemplo paradigmático dessa dissensão jurisprudencial ocorre na análise da aplicação da arbitragem para solucionar conflitos trabalhistas.

Sabe-se que a solução arbitral dos conflitos coletivos é amplamente defendida pela doutrina nacional e estrangeira. A Constituição da República (artigo 114, § 2º) autoriza, de modo expresso, a adoção da arbitragem como solução dos dissídios coletivos.

Embora considerada uma moderna forma de solucionar dissídios – mesmo sabendo-se que sua história remonta a período anterior à jurispdição estatal[144] –, a arbitragem não é

---

[142] "RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. TERMO DE CONCILIAÇÃO FIRMADO NA COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. AUSÊNCIA DE RESSALVAS. EFEITOS. QUITAÇÃO GERAL DO CONTRATO DE TRABALHO. Nos termos do parágrafo único do art. 625-E da CLT que 'o termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas'. Sendo evidenciada a existência de norma especial não há de se aplicar o art. 477, § 2º, consolidado ou mesmo a Súmula nº 330 desta Corte, de forma a se conferir eficácia apenas às parcelas constantes do termo de conciliação e, desde que inexistente ressalva. Dessarte, sendo incontroversa a inexistência de ressalvas no termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia, mostra-se correta a decisão da Turma que concluiu pela eficácia liberatória geral, com quitação ampla do extinto contrato de trabalho, do termo de conciliação firmado perante a Comissão de Conciliação Prévia. Recurso de Embargos interposto pela parte reclamada conhecido e provido. Processo: RR – 41400-11.2007.5.03.0108, Publicado no DJE, em 19-11-2010."

[143] Decisão sob a Relatoria da Ministra Maria de Assis Calsing, publicada em 19.11.2010.

[144] Jacob Dolinger e Carmem Tiburcio fazem interessante e detalhado relato histórico da introdução da arbitragem no mundo, apontando fatos bíblicos milenares para caracterizar o instituto na humanidade

vista como alternativa eficiente para aplicação nos conflitos individuais. Custo, privacidade excessiva, desconfiança do corpo arbitral, entre outos motivos, conduzem ao enfraquecimento e abandono dessa ferramenta.

Aqui será enfocado apenas o debate jurisprudencial – que evidencia dominar a temática da aplicação ou não da arbitragem nos dissídios individuais – do ponto relativo à capacidade do empregado em dispor de seus direitos quando pretende uma solução arbitral.

O Tribunal Superior do Trabalho, em julgamento de recurso de revista realizado em 2011, acolheu a tese da arbitrabilidade dos dissídios individuais trabalhistas seguindo a corrente francesa de admitir sua instituição após o encerramento do contrato de trabalho, em que a supremacia econômica do empregador não tem mais a mesma capacidade de invalidar o ato do empregado (ou ex-empregado)[145].

(DOLINGER, J.; TIBURCIO, C. *Direito internacional privado*: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-18).

[145] "RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA – [...] DISSÍDIO INDIVIDUAL – SENTENÇA ARBITRAL VALIDADE EFEITOS – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO ART. 267, VII, DO CPC. I O art. 1º da Lei nº 9.307/96, ao estabelecer ser a arbitragem meio adequado para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não se constitui em óbice absoluto à sua aplicação nos dissídios individuais decorrentes da relação de emprego. II – Isso porque o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas deve ser examinado a partir de momentos temporais distintos, relacionados, respectivamente, com o ato da admissão do empregado, com a vigência da pactuação e a sua posterior dissolução. III – Nesse sentido, sobressai o relevo institucional do ato de contratação do empregado e davigência do contrato de trabalho, em função do qual impõe-se realçar a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, visto que, numa e noutra situação, é nítida a posição de inferioridade econômica do empregado, circunstância que dilucida a evidência de seu eventual consentimento achar-se intrinsecamente maculado por essa difusa e incontornável superioridade de quem está em vias de o contratar ou já o tenha contratado. IV – Isso porque o contrato de emprego identifica-se com os contratos de adesão, atraindo a nulidade das chamadas cláusulas leoninas, a teor do 424 do Código Civil de 2002, com as quais guarda íntima correlação eventual cláusula compromissória de eleição da via arbitral, para solução de possíveis conflitos trabalhistas, no ato da admissão do trabalhador ou na constância do pacto, a qual por isso mesmo se afigura jurídica e legalmente inválida. V – Diferentemente dessas situações contemporâneas à contratação do empregado e à vigência da pactuação, cabe destacar que, após a dissolução do contrato de trabalho, acha-se minimizada a sua vulnerabilidade oriunda da sua hipossuficiência econômico-financeira, na medida em que se esgarçam significativamente os laços de dependência e subordinação do trabalhador face àquele que o pretenda admitir ou que já o tenha admitido, cujos direitos trabalhistas, por conta da sua patrimonialidade, passam a ostentar relativa disponibilidade. VI – Desse modo, não se depara, previamente, com nenhum óbice intransponível para que ex-empregado e ex-empregador possam eleger a via arbitral para solucionar conflitos trabalhistas, provenientes do extinto contrato de trabalho, desde que essa opção seja manifestada em clima de ampla liberdade, reservado o acesso ao Judiciário para dirimir possível controvérsia sobre a higidez da manifestação volitiva do ex-trabalhador, na esteira do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição. VII – Tendo em conta que no acórdão impugnado não há nenhum registro sobre eventual vício de consentimento do recorrido, ao eleger, após a extinção do contrato de trabalho, a arbitragem como meio de composição de conflito trabalhista, uma vez que a tese ali sufragada ficara circunscrita à inadmissibilidade da solução arbitral em sede de dissídio individual, não se sustenta a conclusão ali exarada sobre a nulidade do acordo firmado pelas

A relatoria do processo foi conduzida pelo Ministro Barros Levenhagen e obteve a unanimidade no julgamento.

Ao julgar semelhante situação, o Tribunal Superior do Trabalho assim se posicionou:[146]

> "[...] o juízo arbitral tem plena aplicabilidade na esfera trabalhista porque há direitos patrimoniais disponíveis no âmbito do direito do trabalho. É que, ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há que se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que o empregado não mais está dependente do empregador".

Esse também denota ser o pensamento dos Ministros Ives Gandra da Silva Martins Filho[147] e Pedro Paulo Manus[148].

---

partes perante o Tribunal Arbitral. Recurso conhecido e provido. [...]." (TST – 4ª Turma – RR 144300-80.2005.5.02.0040 – Min. Rel. Barros Levenhagen – j. 15.12.2010 – Pub. DEJT 04.02.2011).

[146] Processo TST nº RR 1650/1999-003-15-00, Juíza convocada Maria Doralice Novaes, 4ª Turma.

[147] "A arbitragem (Lei 9.307/96) é passível de utilização para solução dos conflitos trabalhistas, constituindo, com as comissões de conciliação prévia (CLT, arts. 625-A a 625-H), meios alternativos de composição de conflitos, que desafogam o Judiciário e podem proporcionar soluções mais satisfatórias do que as impostas pelo Estado-juiz." (TST-AIRR-2547/2002-077-02-40, 7ª Turma, Data de Julgamento: 18/12/2007, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, Data de Publicação: DJ 08/02/2008).

"O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96." (Processo: AIRR – 1475/2000-193-05-00.7 Data de Julgamento: 15/10/2008, Ministro Relator: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/10/2008)."

[148] "O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da

No entanto, em sentido oposto, a Seção de Dissídios Individuais I e a 8ª Turma, ambas do Tribunal Superior do Trabalho, vêm reconhecendo a inaplicabilidade da arbitragem em matéria de dissídios individuais[149]. Em seu fundamento, referida decisão elenca diversos julgados que apontam a indisponibilidade do direito nas relações de trabalho como fator preponderante para a recusa da aplicação do instituto. A decisão reproduzida a seguir apresenta bem o contraste aqui evidenciado[150]:

> "ARBITRAGEM. APLICABILIDADE AO DIREITO INDIVIDUAL DE TRABALHO. QUITAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO 1. A Lei 9.307/96, ao fixar o juízo arbitral como medida extrajudicial de solução de conflitos, restringiu, no art. 1º, o campo de atuação do instituto apenas para os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ocorre que, em razão do princípio protetivo que informa o direito individual do trabalho, bem como em razão da ausência de equilíbrio entre as partes, são os direitos trabalhistas indisponíveis e irrenunciáveis. Por outro lado, quis o legislador constituinte possibilitar a adoção da arbitragem apenas para os conflitos coletivos, consoante se observa do art. 114, §§ 1º e 2º, da Constituição da República. Portanto, não se compatibiliza com o direito individual do trabalho a arbitragem. 2. Há que se ressaltar, no caso, que a arbitragem é questionada como meio de quitação geral do contrato de trabalho. Nesse aspecto, a jurisprudência desta Corte assenta ser inválida a utilização do instituto da arbitragem como supedâneo da homologação da rescisão do contrato de trabalho. Com efeito, a homologação da rescisão do contrato de trabalho somente pode ser feita pelo sindicato da categoria ou pelo órgão do Ministério do Trabalho, não havendo previsão legal de que seja feito por laudo arbitral. Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento."[151]

Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96." (Processo: AIRR – 1475/2000-193-05-00.7 Data de Julgamento: 15/10/2008, Ministro Relator: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 17/10/2008)."

[149] "RECURSO DE REVISTA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ARBITRAGEM. LEI Nº 9.307/96. INAPLICABILIDADE. A SDI-1 desta Corte firmou entendimento de que o instituto da arbitragem previsto na Lei nº 9.307/96 é inaplicável ao Direito Individual do Trabalho. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido" (TST – RR – 189600-42.2008.5.07.0001, 8ª Turma, Relatora Maria Laura Franco Lima de Faria, Julgamento 14/11/2012).

[150] Processo TST nº ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028. Relator Ministro João Batista Brito Pereira, Seção de Dissídios Individuais 1. Publicado no Diário de Justiça em 30/3/2010.

[151] ED-RR-79500-61.2006.5.05.0028, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, SDI-1, Data de Publicação: 30/3/2010.

As decisões trazidas à colação se juntam a outras[152] e apontam para um cenário de baixa uniformização jurisprudencial em torno do instituto da disponibilidade. Ao mesmo tempo em que denota conferir alta capacidade dispositiva, com permissão para contratação de cláusulas de solução alternativa de conflitos ou até mesmo a renúncia de direitos como no exame das Súmulas nºs 51 e 243 do TST, em outras ocasiões limita com rigor a capacidade dispositiva, mitigando perigosamente a autonomia da vontade, aproximando o contrato de trabalho do direito público, demonstrando fragilidade nas decisões atinentes ao objeto deste estudo.

2.7 O Núcleo de Direitos Indisponíveis

O estudo até aqui produzido mostra que o Direito do Trabalho se compõe de regras de ordem pública social, as quais admitem derrogação parcial por meio da participação ativa das associações sindicais, nem sempre na perspectiva de melhorar as condições de trabalho, e, sim, na de atender aos anseios do complexo mundo das relações de trabalho

[152] "RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ARBITRAGEM. TRANSAÇÃO. ALCANCE NO DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO. Esta Corte vem firmando posicionamento no sentido de que a solução de conflitos oriundos da relação de trabalho efetivada perante o juízo arbitral não é compatível com o Direito Individual do Trabalho, considerando-se a significativa gama de direitos indisponíveis e irrenunciáveis e o desequilíbrio entre as partes decorrente da hipossuficiência típica da relação de emprego. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-106500-58.2008.5.15.0005, Rel. Min. Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: 9/9/2011); "RECURSO DE REVISTA. ARBITRAGEM. DISSÍDIOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS. INCOMPATIBILIDADE. Nos dissídios coletivos, os sindicatos representativos de determinada classe de trabalhadores buscam a tutela de interesses gerais e abstratos de uma categoria profissional, como melhores condições de trabalho e remuneração. Os direitos discutidos são, na maior parte das vezes, disponíveis e passíveis de negociação, a exemplo da redução ou não da jornada de trabalho e de salário. Nessa hipótese, como defende a grande maioria dos doutrinadores, a arbitragem é viável, pois empregados e empregadores têm respaldo igualitário de seus sindicatos. No âmbito da Justiça do Trabalho, em que se pretende a tutela de interesses individuais e concretos de pessoas identificáveis, como, por exemplo, o salário e as férias, a arbitragem é desaconselhável, porque outro é o contexto: aqui, imperativa é a observância do princípio protetivo, fundamento do direito individual do trabalhador, que se justifica em face do desequilíbrio existente nas relações entre trabalhador – hipossuficiente – e empregador. Esse princípio, que alça patamar constitucional, busca, efetivamente, tratar os empregados de forma desigual para reduzir a desigualdade nas relações trabalhistas, de modo a limitar a autonomia privada. Imperativa, também, é a observância do princípio da irrenunciabilidade, que nada mais é do que o desdobramento do primeiro. São tratados aqui os direitos do trabalho indisponíveis previstos, quase sempre, em normas cogentes, que confirmam o princípio protetivo do trabalhador. Incompatível, portanto, o instituto da arbitragem nos dissídios individuais trabalhistas. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-13100-51.2005.5.20.0006, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, 2ª Turma, Data de Publicação: 14/10/2011).

que, de antagônico, possui a sempre tensionada relação de forças e interesses imediatos opostos. Interesses esses que, no entanto, convergem na mesma direção quando se observa o interesse mediato envolvido, qual seja, manutenção daquela relação de trabalho, destinada ou a incrementar lucros ao empreendedor, ou a melhorar as condições contratuais em favor da mão de obra.

Faz-se necessário, assim, questionar a tendência doutrinária que reconhece predomínio da indisponibilidade nos preceitos de Direito do Trabalho. Tanto isso se justifica que, em tempos de crise – econômica, jurídica, social –, essas intangíveis regras são postas de lado em favor de atendimento mais amplo do equilíbrio social[153].

A práxis mostra, sem muito esforço de pesquisa, que se admite com muita frequência, quer pela capacidade intelectual-funcional do trabalhador, quer pela vantagem financeira envolvida, ou ainda por outras tantas razões, que a indisponibilidade dos direitos nas relações de trabalho não se configura como barreira intransponível, pois a realidade do século XXI mostra-se muito mais "relativizada" – para usar o termo contemporâneo – e mais adaptável às atuais relações sociais e de trabalho.

Por isso, buscar a classificação das relações de trabalho como de direito indisponível é negar o óbvio, qual seja, que o Direito do Trabalho não cabe no estreito mundo dos direitos disponíveis ou indisponíveis, da mesma forma que é inaceitável classificá-lo como relativamente indisponível.

É preciso reconhecer a inadequação da classificação usual dado o paradoxo terminológico. No Direito, não é possível admitir-se a figura do "relativamente indisponível" sem sacrificar a semântica.

O Direito do Trabalho é um complexo de normas de ordem pública social que admite, dependendo de uma série de circunstâncias, a disponibilidade de seus direitos ou a sua indisponibilidade, sempre no contexto metodologicamente aceitável[154].

---

[153] HERNANDEZ, S. Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro. *Il diritto del lavoro*, v. LXXVII, p. 5.

[154] Egon Felix Gottschalk, ao enfrentar o tema, ensina que "o direito do trabalho no seu conjunto não é exclusivamente 'ius cogens' nem exclusivamente 'ius dispositivum'", reconhecendo essa dúplice identidade do Direito do Trabalho (GOTTSCHALK, E. F. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1944. p. 192).

Nem mesmo Plá Rodriguez, autor eleito pela cultura jurídica laboral brasileira como referência em matéria de princípios de Direito do Trabalho, afirmou que os princípios devam ser inseridos no rol de fontes de Direito, mas sim, que sua função normativa só deve ser suscitada na ausência de lei[155], aliás, em total acordo com o disposto no artigo 8º da CLT.

Atribuir efeito de indisponibilidade aos direitos envolvidos na relação de emprego, quer seja pelo seu apelo social, quer pelo principiológico, portanto, configura equívoco que precisa ser revisitado.

Sabe-se, contudo, que essa disponibilidade não é plena nem abarca todo o conjunto de direitos previsto nesse complexo normativo. Há, até para salvaguarda de certos institutos jurídicos, um núcleo mais ou menos definido de direitos, revestidos desse caráter de indisponibilidade.

Como encontrar esse núcleo é um dos desafios deste estudo.

Conforme salientado, a legislação trabalhista brasileira não cuida de definir os direitos tidos como indisponíveis, até porque suas fronteiras não devem mesmo ser limitadas, mas, ao contrário, devem ser constantemente revisitadas para se estabelecer, de modo mais adequado e justo, seus contornos, ora ampliando-os, ora restringindo-os, de acordo não apenas com as características de determinada sociedade e momento, mas também em cotejo com outros fatores, como economia e política.

As afirmações colocadas podem induzir o leitor menos atento ao extremo de considerar que o núcleo indisponível de direitos é tão ilimitado que deve ser estendido o máximo possível, distorcendo os preceitos constitucionais contidos nos artigos 1º, incisos III e IV, e 60, § 4º, inciso IV[156], ou a restringi-los abusivamente, priorizando o desenvolvimento econômico e político, como restou demonstrado no período do

---

[155] RODRIGUEZ, A. P. Os princípios de direito do trabalho constituem fonte do direito?. In: RODRIGUEZ, A. P. (Coord.). *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo LTr, 1998b. p. 27.

[156] Artigo 1º da CRFB: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa". Art. 60 da CRFB: "A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.".

liberalismo – *laissez faire, laissez passer* – em detrimento do desenvolvimento social e humano, não em harmonia.

Outro perigo subjacente à afirmação de inexistência de parâmetros objetivos e positivados dos limites e contornos desse núcleo indisponível de direitos é a utilização do que ficou conhecido como "ativismo judicial"[157] como forma de definir autoritariamente essas condições limitantes da disposição sem um necessário debate com a doutrina e sem o estabelecimento de uma relação indispensável com as experiências estrangeiras, considerando o sistema trabalhista autista e não autônomo.

Devem-se conhecer os requisitos necessários para definir esse rol de direitos, mesmo que sua natureza mutável impeça seu aprisionamento em um rol taxativo de preceitos.

De partida, é necessário reconhecer a saudável divisão dos direitos indisponíveis em dois planos: individual e coletivo.

Com isso, os direitos individuais indisponíveis, na relação de emprego, podem ser definidos como: (i) saúde e a vida no trabalho; (ii) dignidade da pessoa que trabalha; (iii) direitos da personalidade; e (iv) direitos *individuais sindicais* indisponíveis.

2.7.1 Saúde e a Vida no Trabalho

A Encíclica *Rerum Novarum*, escrita pelo Papa Leão XIII, em 15 de maio de 1891, apresenta excelente início para definição desse núcleo rígido de direitos.

É que referido cânone, inspirado nas mazelas da revolução industrial do fim do século XIX, representou a preocupação que a Igreja dedicou à *questão social*. Além de advogar a liberdade de associação sindical, a Encíclica apontou a necessidade de

[157] Sobre o tema, confira-se, entre outros, RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos, Saraiva: São Paulo, 2010.

preservação da vida e da saúde no trabalho como valores superiores ao ganho ou à exploração do homem pelo homem.

Ao referir-se a esses limites, a Encíclica orienta sobre a imperatividade de certas leis. No item 20, ela descreve bem essa orientação ao afirmar:

> "[...] os patrões esmagam os trabalhadores sob o peso de exigências iníquas, ou desonram neles a pessoa humana por condições indignas e degradantes; que atentam contra a sua saúde por um trabalho excessivo e desproporcionado com a sua idade e sexo: em todos estes casos é absolutamente necessário aplicar em certos limites a força e autoridade das leis."[158]

Alinhado a esse ideal de proteção da saúde e da vida no ambiente de trabalho, a Constituição da Repúbica brasileira bem relacionou o princípio da ordem econômica ao da valorização do trabalho humano, como que humanizando o lucro e revitalizando os preceitos contidos na Encíclica papal[159].

No nível internacional, a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), determina aos Estados membros que, em consulta às entidades sindicais, edifiquem políticas que visem à proteção da saúde e da vida dos trabalhadores[160].

A Consolidação das Leis do Trabalho também tratou de ocupar esse espaço destinado à segurança e à saúde do trabalhador no ambiente de trabalho dedicando 47 artigos ao tema – entre os arts. 154 e 201 –, dos quais se destaca a adequada atribuição

---

[158] Disponível em: <http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html>. Acesso em: 10 fev. 2013.

[159] Artigo 170 da CRFB: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios [...]".

[160] Convenção nº 155 da OIT: "Art. 4 – 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho. 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio-ambiente de trabalho." (Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/504>. Acesso em: 10 fev. 2013.

conferida ao Ministério do Trabalho e Emprego para editar regras reservadas à segurança e à saúde[161].

Trata-se do disposto no artigo 200 da CLT, que deu origem a uma relevante contribuição ministerial ao desenvolvimento da proteção ao trabalhador, desconectando o necessário regulamento dessas condições do moroso, e nem sempre eficiente, processo legislativo.

Graças a essa acertada medida as relações de trabalho contam, atualmente, com a extensa, porém necessária, teia de regulações, como a conhecida Portaria nº 3.214/1978, em que se encontram regulados temas como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho (CIPA), os Equipamentos de Proteção Individual (EPI), entre outros que contribuem sobremaneira à manutenção do mínimo desejado para o cumprimento das normas constitucionais e internacionais.

A preocupação com a saúde e a vida daquele que trabalha não é apenas um tema restrito ao direito positivo, mas representa, também, uma preocupação da doutrina.

Orlando Gomes enfatiza essa modalidade de proteção do trabalhador ao afirmar que os acidentes de trabalho, em razão da tutela especial destinada aos trabalhadores pelo Estado, são também considerados mesmo

> "[...] em situações que, a rigor, não o configurariam na conformidade da noção legal. [...] eis por que se incluem entre os acidentes do trabalho todos os danos sofridos pelo empregado no local e durante o horário de trabalho, em consequência de atos de sabotagem ou terrorismo levados a efeito por terceiros, as ofensas físicas intencionais, causadas por outro empregado, ou por estranho [...]"[162]

Arnaldo Süssekind lembra o *slogan* dos anos 1970, na Itália, "saúde não se vende", ao criticar a monetarização da saúde no ambiente do trabalho com os conhecidos adicionais destinados a amenizar o impacto dos riscos na saúde e na vida do trabalhador.

---

[161] Vale lembrar que a Constituição da República estabelece, nos incisos XXII, XXIII e XXVIII do artigo 7º, normas claras de proteção à saúde e à vida do trabalhador.

[162] GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 267.

Para o autor, o que se deve prestigiar são políticas de investimento em proteção e não em reparação[163].

A temática da saúde é, em síntese, garantia que não está à disposição do titular para ser transacionada e, portanto, todas as normas que vislumbrem garantir de forma clara o resguardo da saúde do trabalhador não podem ser consideradas disponíveis, quer no plano individual, quer no coletivo.

2.7.2 Dignidade da Pessoa que Trabalha

Além da saúde, faz parte desse rol de direitos indisponíveis a dignidade daquele que trabalha. Em excelente pesquisa, Amauri Mascaro Nascimento descreve os sistemas jurídicos democráticos e a preocupação de cada sociedade com a preservação da dignidade.

O autor lembra que em Immanuel Kant a dignidade corresponde ao seu imperativo categórico. Amauri Mascaro Nascimento salienta que a Carta das Nações Unidas, de 1945, proclama sua "fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana". No plano dos Estados, o autor apresenta a preocupação da Constituição alemã, de 1949, ao enfatizar que "a dignidade do homem é intangível". Com a Constituição espanhola, de 1978, Amauri Mascaro Nascimento destaca que para ela "a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhes são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade [...] são o fundamento da ordem política e da paz social"[164].

Além da Constituição alemã e da espanhola, o autor lembra que a Constituição italiana, de 1947, declara que "todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são

---

[163] SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 2, p. 909/910.

[164] NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*, p. 393.

iguais perante a lei", e a Constituição portuguesa dispõe, no artigo 1º, que "a República é fundada sobre a dignidade da pessoa humana e a vontade popular"[165].

A imortalizada afirmação *kantiana* de que a dignidade faz parte das coisas que não têm preço e que por conta dessa supremacia não admite equivalência[166], tem ecoado até os dias atuais, conferindo uma espécie de valor inerente ao próprio homem e, mesmo sendo tão indispensável e inquestionável, ainda suscita discussões sobre sua definição e abrangência.

2.7.3 Direitos da Personalidade

Direitos da personalidade são, em regra, considerados *excludendi alios*, os quais impõem restrições a terceiros, impedindo de praticar atos que atentem contra sua fruição.

Trata-se de direitos relacionados à vida, intimidade, integridade, identidade, privacidade, honra, nome, liberdade, constituindo o primeiro bem da pessoa.

Orlando Gomes os define como o conjunto de direitos "essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como *direitos absolutos*"[167].

Sua relevância marca essa espécie de direitos e os diferencia dos demais, pressupondo sua divisão em dois tipos: os direitos que admitem sua separação do titular, como o direito de propriedade, crédito contra o devedor etc., e aqueles que não admitem tal separação, como o direito ao nome, à liberdade, entre outros – esses compõem o rol específico de direitos da personalidade[168].

---

[165] NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*, p. 393.

[166] KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 65.

[167] GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 168.

[168] RODRIGUES, S. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1, p. 84.

O sistema jurídico trabalhista brasileiro não relacionou os direitos da pesonalidade[169]. Coube ao Direito Civil regular a proteção a esses direitos entre os artigos 11 e 21 do CC. O sistema brasileiro, no entanto, não os descreveu de forma taxativa, deixando, mais uma vez, abertas as fronteiras desse segmento. Coube à doutrina e à jurisprudência a tarefa de delimitá-la, sempre na perspectiva anteriormente apresentada de cotejo do texto legal existente com as evoluções sociopolíticas de determinada época. Essa aparente insegurança representa o preço a ser pago pela opção legislativa de manter "vivo" o Direito mediante a análise casuística de certos institutos[170]. A necessidade pela descrição pormenorizada desses direitos, tornando a temática mais clara e precisa – talvez pelo desejo humano de conhecer seus limites e possibilidades –, induziu este estudo à análise do sistema jurídico trabalhista português.

Em Portugal, o Código do Trabalho de 2009, cuja primeira versão é de 2003 (Lei nº 99/2003), revisado em 2012, tratou de descrever os direitos considerados direitos da personalidade (arts. 14 a 22), quais sejam: liberdade de expressão e opinião (art. 14); integridade física e moral (art. 15); reserva de intimidade da vida privada (art. 16); proteção de dados pessoais (art. 17); dados biométricos (art. 18); testes e exames médicos (art. 19); meios de vigilância a distância; confidencialidade de mensagens e de acesso a informação (art. 22).

Entende-se adequado considerar, também como direitos da personalidade, os relacionados entre os artigos 23 a 27 do Código português, que, muito embora estejam

---

[169] Estevão Mallet, reconhecendo esse silêncio, ressalta que a Consolidação das Leis do Trabalho raramente apresenta proteção aos direitos da personalidade do trabalhador. Uma dessas ocasiões, segundo o autor, se encontra, de forma indireta, no artigo 482, "j", e 483, "e", ao indicar a ofensa à honra e à boa fama como hipóteses de justa causa, quer seja pelo empregado, quer pelo empregador. Outra situação, continua o professor Estevão Mallet, é a definida pela Lei nº 9.799/1999, que ao modificar a CLT, especialmente no artigo 373-A, vetou a prática de atos que atentem à dignidade da mulher trabalhadora no tocante à revista íntima (MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005. p. 18). Acrescentar-se-ia importante destaque inserto na alínea "c" do artigo 483 da CLT, autorizando o empregado a considerar rescindido indiretamente seu contrato quando diante de uma obrigação imposta pelo empregador e que o exponha a perigo de mal considerável.

[170] Maria Helena Diniz também lembra que o legislador "não quis assumir o risco de uma enumeração taxativa, prevendo em poucas normas a proteção de certos direitos inerentes ao ser humano, talvez para que haja, posteriormente, diante de seu caráter ilimitado, desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário e regulamentação por normas especiais" (DINIZ, M. H. *Código civil anotado*, p. 32).

deslocados da Subsecção II, intitulada "Direitos de personalidade", enquadrar-se-iam nesse rol de bens de primeira relevância[171].

Para a doutrina lusitana, a proteção aos direitos da personalidade, como direitos fundamentais, justifica-se na exata medida em que o empregado, na relação de emprego, se envolve integralmente na execução do contrato de trabalho, não se limitando à prestação fria dos serviços, com o consequente aumento da ameaça a esses direitos, o que exige intensa proteção estatal[172].

Também na Itália, o tema da proteção dos direitos da personalidade do trabalhador é bem desenvolvido. O *Statuto dei Lavoratori* (Lei nº 300/1970) prevê, em Título específico, rol extenso de direitos da personalidade circunscritos à relação de trabalho; *v.g.*, no artigo 4º, definem-se os limites do direito de fiscalização do trabalho pelo uso de equipamentos audiovisuais[173].

No Direito peninsular, como se verifica da redação do citado artigo aqui reproduzido em nota, há forte restrição ao telecontrole das atividades do trabalho, justamente na perspectiva de considerar violador à intimidade a fiscalização fora do ambiente de trabalho.

A Itália proíbe, portanto, o *controle oculto* do trabalho, com caráter *policialesco* ou de espionagem[174].

---

[171] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*, 26. ed., p.727-730.

[172] RAMALHO, M. R. P. *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003. v. I, p. 158.

[173] Artigo 4º, Lei italiana nº 300/1970: "Impianti audiovisivi. È vietato l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori. [...] possono essere installati soltanto previo accordo con le rappresentanze sindacali aziendali, oppure, [...] Contro i provvedimenti dell'Ispettorato dei lavoro, di cui ai precedenti secondo e terzo comma, il datore di lavoro, le rappresentanze sindacali aziendali o, in mancanza di queste, la commissione interna, oppure i sindacati dei lavoratori di cui al successivo art. 19 possono ricorrere, entro 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento, al Ministro per il lavoro e la previdenza sociale." Tradução livre do original para este trabalho: "Equipamentos audiovisuais. É proibido o uso de equipamentos audiovisuais e de outros aparelhos com a finalidade de controle a distância da atividade dos empregados [...], podem ser instalados mediante prévio acordo com os representantes sindicais internos, [...] ou por meio de medidas da Inspeção de Trabalho, de que tratam os precedentes segundo e terceiro parágrafos, o empregador, os representantes sindicais internos ou, na falta destes, a comissão interna, ou os sindicatos dos trabalhadores de que trata o artigo 19, dentro de 30 dias da comunicação da medida, ao Ministro do Trabalho e Previdência Social."

[174] GALANTINO, L. *Diritto del lavoro*, p. 441.

Ainda em nível internacional, a OIT conta com diversas Convenções que tratam de temas relacionados à personalidade e que podem ser incluídos no rol de direitos gravados pela indisponibilidade.

A Convenção nº 29/1930 proíbe o trabalho forçado como forma de proteção da saúde, da vida e, principalmente, da liberdade[175]. A Convenção nº 105 tem o mesmo propósito.

A Convenção nº 138, por sua vez, estabelece a idade mínima para o trabalho. Seu texto impõe como limite a idade de 15 anos para o trabalho regular e de 14 para os trabalhos que aliem a profissão aos estudos desenvolvidos pelo trabalhador[176]. Em linha com essa Convenção, a de nº 182 trata da proteção do trabalho infantil, rejeitando a contratação e a tolerância de trabalhos degradantes, forçados, bem como os que pela sua natureza causem danos à saúde, à moral ou ao desenvolvimento saudável dessas pessoas.

Todas essas manifestações indicam o caráter indisponível do rol de direitos considerados da personalidade, sendo vedado, portanto, deles dispor, quer pela renúncia, quer pela transação.

Não obstante a grandeza desse rol de direitos, não se pode ignorar que seus titulares, nem sempre dignos desses preceitos, tangenciam as vedações legais de disposição

---

[175] No artigo 2º, item 1, a Convenção nº 29, ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1987, define trabalho forçado como sendo "todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. Item 2. A expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' não compreenderá, entretanto, para os fins desta Convenção: a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um pais soberano, c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta á sua disposição; d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizoóticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população; e) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência á necessidade desses serviços" (Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/449>. Acesso em: 5 abr. 2013).

[176] A Convenção nº 138 impõe restrições ao trabalho juvenil nos caos de exposição a risco da vida ou da saúde do trabalhador, recomendando no artigo 3º, item 1, que "Não será inferior a dezoito anos a idade mínima para a admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstâncias em que for executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem." (Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/492>. Acesso em: 5 abr. 2013).

e, vez ou outra, entregam valiosas proteções em troca de dinheiro e exposição midiática, colocando em discussão os valores éticos e morais da sociedade contemporânea[177].

2.7.4 Direitos Individuais Sindicais (In)disponíveis

Na divisão proposta, há um rol de direitos indisponíveis elencados no universo de direitos aqui considerados individuais sindicais.

Antes da apresentação desse rol, faz-se necessário proceder a uma breve apresentação do que se pretende dizer com direitos *individuais sindicais*.

O agrupamento em direitos individuais sindicais enseja atingir todos os direitos individuais inseridos no contexto do artigo 5º, inciso XVII, e artigo 8º e seguintes da CRFB. São aqueles direitos relacionados nesses artigos e os derivados dessas disposições.

Com isso, tem-se por objetivo não elencar, neste momento, o rol de direitos coletivos, como os metaindividuais (difusos, individuais homogêneos ou os coletivos *stricto sensu*), mas tão somente reconhecer que entre os direitos individuais há uma classe de direitos que, por força da evolução dos estudos em Direito do Trabalho, aproximam-se do ramo específico do direito sindical (ou coletivo).

Aqui vale lembrar o debate doutrinário da correta classificação dos direitos de grupo nas relações de trabalho. Mozart Victor Russomano admite a existência do dissenso doutrinário, mas não vê grande relevância na denominação. Para esse doutrinador, ambos os termos – coletivo ou sindical – refletem bem a temática, porém ele se posiciona pela

[177] Silvio de Salvo Venosa já pontuava essa crítica ao reconhecer o "mercado" de trocas de direitos indisponíveis em homenagem ao sensacionalismo e audiência (VENOSA, S. de S. *Direito civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 151).

classificação como Direito Coletivo do Trabalho por reconhecer ser mais abrangente e mais agradável à doutrina[178].

Com ele seguem Maurício Godinho Delgado[179], Francisco Antonio de Oliveira[180], Octávio Bueno Magano[181], Georgenor de Sousa Franco Filho[182], entre outros.

Em sentido oposto, considerando esse ramo do Direito do Trabalho como Direito Sindical, caminham Amauri Mascaro Nascimento[183], Ney Prado[184], além da sonora doutrina italiana que deu origem ao sistema legal sindical brasileiro, aqui representada por expoentes como Gino Giugni[185], Luisa Riva Sanseverino[186] e Luisa Galantino[187].

O tema da (in)disponibilidade dos direitos sob o prisma das relações coletivas será abordado em momento oportuno; por ora resta saber em que medida o empregado, individualmente considerado, pode dispor de direitos individuais de índole sindical. Eis por que se optou pela denominação *sindical* desses direitos, com o propósito de não se confundirem com direitos tipicamente coletivos, como os difusos e os coletivos propriamente ditos. Tem-se por objetivo, assim, analisar a disponibilidade ou não dos direitos relativos à liberdade de associação; ao direito de greve e às convenções e acordos coletivos.

Feitas as devidas observações sobre o objeto do estudo, passa-se à análise de sua característica (in)disponível.

---

[178] RUSSOMANO, M. V. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 47.

[179] DELGADO, M. G. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

[180] OLIVEIRA, F. A. de. *Manual de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

[181] MAGANO, O. B. *Manual de direito do trabalho*, v. 2.

[182] FRANCO FILHO, G. S. *Curso de direito coletivo do trabalho*: estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.

[183] NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

[184] PRADO, N. *Direito sindical brasileiro*: estudos em homenagem ao professor Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1998.

[185] GIUGNI, G. *Diritto sindacale*. Roma: Caccuci, 2010.

[186] SANSEVERINO, L. R. *Diritto sindacale*. 3. ed. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1956.

[187] GALANTINO, L. *Diritto sindacale*. 14. ed. Torino: G. Giappichelli, 2006b.

Saliente-se, inicialmente, que o direito à associação sindical deriva diretamente do preceito constitucional já aventado (arts. 5º, XVII, e 8º da CRFB). Esse preceito, como se disse, está arrolado entre os direitos fundamentais, cuja relevância é enaltecida, mas cujo resultado não está, necessariamente, em reconhecer sua indisponibilidade, dado que os direitos fundamentais, como todos os demais, admitem limitações e restrições.

Eis uma situação singular de perfeita e justa adaptação dos conceitos do *laissez-faire* (autonomia da vontade) e da valorização do trabalho humano (arts. 1º, IV, e 170 da CRFB) na perspectiva de evolução da representação dos trabalhadores.

Isso porque, ao prescrever que a associação a entidades de classe é livre – e nesse contexto deve ser entendida a liberdade nos planos negativo (não se associar ou desfiliar-se) e positivo (associar-se e manter-se associado sem interferência) –, a Constituição da República harmonizou ambos os preceitos, quais sejam, o de valorizar a autonomia da vontade do trabalhador e, ao mesmo tempo, privilegiar um sindicalismo autônomo, independente e de vanguarda, pois depende de seus associados para manter-se vivo.

Infelizmente, o sistema pátrio não caminhou bem ao permitir a manutenção das amarras corporativistas do sistema de unicidade sindical e da contribuição compulsória, que escravizam e mantêm o sindicalismo num passado de subserviência estatal, comprometendo, em boa parte, o desenvolvimento sindical brasileiro.

Como corolário do direito à livre associação sindical, tem-se o direito à garantia de emprego dos empregados eleitos para cargos de representação sindical. Sabe-se que a Constituição da República, no artigo 8º, inciso VIII, assim como a legislação ordinária precedente, proibiu a dispensa sem justa causa de empregados eleitos para cargos de direção sindical – das categorias profissional e econômica.

É pertinente fazer aqui uma observação de relevância sobre o destinatário da norma constitucional. Afirmou-se que a norma é destinada ao representante eleito perante o sindicato profissional e patronal. Pois bem. É conhecido o texto do artigo 8º, inciso VIII, da CRFB, o qual dispõe que "é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei".

De fato, o texto ora reproduzido não destina a proteção apenas aos empregados que exercem cargos de direção em entidades sindicais profissionais, mas o Tribunal Superior do Trabalho, utilizando-se da técnica de interpretação teleológica e se valendo do texto da legislação infraconstitucional (art. 543, § 3º), tem se posicionado no sentido de reconhecer que apenas os empregados ocupantes de cargos eletivos junto às entidades sindicais profissionais é que gozam dessa garantia. Afirma o colendo Tribunal, que a proteção contida na norma constitucional só tem sentido na perspectiva de impedir que atos do empregador venham a comprometer o exercício do mandato do empregado e que isso só ocorre quando o empregado representa interesse oposto ao do empregador, o que não se verifica nos mandatos sindicais de entidades patronais[188].

Parte da doutrina acompanha esse raciocínio e se manifesta no sentido de excluir o representante patronal da garantia prevista na Constituição da República[189].

---

[188] Como exemplo, citam-se as seguintes ementas: (1) "DIRIGENTE DE SINDICATO PATRONAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Da interpretação aos artigos 8º, VIII, da CF e 543, § 3º, da CLT, verifica-se que a intenção do legislador foi de garantir o emprego do dirigente sindical a fim de assegurar-lhe o pleno exercício de suas atribuições na defesa dos interesses coletivos da categoria. Por tal razão, veda a dispensa sem justa causa do empregado, desde o momento do registro de sua candidatura até um ano após o término do mandato. Logo, o empregado que ocupa cargo de dirigente sindical da categoria econômica não exerce atribuições de defesa dos demais empregados, que venha a colidir com interesses da empregadora. Assim, não há de se falar em estabilidade provisória em razão do exercício de dirigente sindical patronal. Recurso de Revista conhecido e não provido. Processo: RR – 146400-40.2002.5.04.0401 Data de Julgamento: 12/08/2009, Relator Ministro: José Simpliciano Fontes de F. Fernandes, 2ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 28/08/2009". (2) "RECURSO DE REVISTA. EMPREGADO. DIRIGENTE SINDICAL. REPRESENTAÇÃO DE CATEGORIA ECONÔMICA. GARANTIA PROVISÓRIA DE EMPREGO. A garantia provisória de emprego, de que tratam os arts. 8º, VIII, da Constituição Federal, e 543, § 3º, da CLT, é uma garantia para a categoria que elegeu o trabalhador como dirigente sindical. Tem em vista possibilitar-lhe maior liberdade de atuação, impedindo a utilização da dispensa como meio de coação pelo empregador, que se visse atingido em seus interesses pela atividade desenvolvida pelo dirigente sindical. Nesse contexto, a garantia de emprego em questão não alcança o empregado indicado pelo empregador para dirigente de sindicato da categoria econômica, pois, nessa condição, os da categoria que o elegeu não se contrapõem, em princípio, aos interesses do empregador. E, ainda que haja divergência do empregador com a atuação do dirigente, tal fato não tem o poder de ampliar a garantia de emprego prevista na lei e na Constituição Federal pois se trata, de interesses da categoria econômica, e, não profissional.' Processo: RR – 196800-40.2005.5.13.0001 Data de Julgamento: 10/03/2010, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, 5ª Turma, Data de Divulgação: DEJT 09/04/2010". (3) "AGRAVO DE INSTRUMENTO – ESTABILIDADE SINDICAL – DIRIGENTE DE SINDICATO PATRONAL A estabilidade sindical é restrita às hipóteses em que o empregado é dirigente de sindicato cujos interesses se contraponham ao de seu empregador. Se o empregado é eleito para atuar em defesa de categoria econômica, não há como se divisar oposição entre os interesses do sindicato que representa (sindicato patronal) e os de seu empregador, inexistindo fundamento para a proteção do emprego. Processo: AIRR – 114340-73.2003.5.01.0009 Data de Julgamento: 16/05/2007, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007".

[189] Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante ensinam que "o empregado eleito representante do sindicato patronal não tem direito a estabilidade, pois o texto refere-se apenas à representação da classe dos empregados" (JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. de Q. P. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 823).

Em direção oposta caminha o Supremo Tribunal Federal que, ao interpretar o texto constitucional e adotando interpretação ampliativa dos direitos sociais previstos na Constituição, reconhece que a garantia de emprego prevista no artigo 8º, inciso VIII, da CRFB deve ser interpretada de maneira a contemplar, também, empregados ocupantes de cargos eletivos nos sindicatos patronais[190].

Portanto, em consonância com a decisão do Supremo, admitir-se-á que a proteção conferida no texto constitucional se aplica às duas representações, isto é, aos eleitos para cargo de direção em sindicatos tanto profissionais quanto patronais.

Ao tratar dessa garantia no plano infraconstitucional, a Consolidação das Leis do Trabalho (§ 1º do art. 543), textualmente, reconhece a disponibilidade do direito à garantia do emprego desses empregados todas as vezes em que a transferência do empregado dirigente sindical for por ele solicitada ou por ele aceita[191].

O Tribunal Superior do Trabalho posiciona-se de modo semelhante. Em várias oportunidades em que foi instado a decidir sobre a natureza dessa garantia provisória de emprego, ele se mostrou favorável à possibilidade de renúncia pelo empregado detentor do direito que, livre e espontaneamente, abandona-o, sem que isso represente alguma violação ou lesão a direito considerado indisponível[192].

---

[190] EMENTA: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRABALHISTA. DIRIGENTE SINDICAL PATRONAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. DEMISSÃO NO CURSO DO MANDATO. INDENIZAÇÃO. 1. Interpretação restritiva do inciso VIII do artigo 8º da Constituição Federal: impossibilidade. Inexistência de norma legal ou constitucional que estabeleça distinção entre o dirigente sindical patronal e o dos trabalhadores. 2. Não perde a condição de empregado o trabalhador que, malgrado ocupe cargo de confiança na empresa empregadora, exerça mandato sindical como representante da categoria econômica. 3. Representante sindical patronal. Dispensa no curso do mandato. Indenização e consectários legais devidos desde a data da despedida até um ano após o final do mandato. Recurso extraordinário conhecido e provido." Proc. RE 217.355, data do julgamento 29/08/200, Rel. Ministro Maurício Correa, data da publicação, DJ, 01/03/2002.

[191] Artigo 543, § 1º, da CLT: "O empregado perderá o mandato se a transferência for por ele solicitada ou voluntariamente aceita.".

[192] Para tanto, vejam-se as seguintes ementas: "DIRIGENTE SINDICAL – RENÚNCIA AO MANDATO. O art. 543 da CLT concede a garantia de um ano após o final do mandato. Se o dirigente renuncia ao seu mandato sindical, implica, também, na renúncia à estabilidade provisória assegurada pela legislação consolidada que objetivou resguardar o empregado que tem que exercer seu mandato no local de trabalho, impedindo o empregador de frustrar com a dispensa, a missão sindical do obreiro. Se o detentor do mandato a ele renuncia, voluntariamente, renuncia também à estabilidade que é resultante do mandato, pois se isso não ocorresse estar-se-ia criando uma estabilidade infinita. Se a cada renúncia ao cargo sindical não acarretasse a perda da estabilidade, seria fácil aumentar o número de empregados com essa garantia sem ser dirigente, dado que a estabilidade provisória do dirigente sindical é inerente ao exercício do cargo" (TST-E-RR-

No que concerne ao direito de greve, entende-se desnecessário conduzir o leitor a um passeio histórico para descobrir sua relevância e importância no contexto do desenvolvimento das relações de trabalho; basta afirmar que boa parte dos direitos assegurados pela legislação, na atualidade, decorre de lutas de classe representada por greves e manifestos de trabalhadores.

O exercício pleno desse direito já regulamentado no sistema brasileiro pela Lei nº 7.783/1989 é corolário da democracia, possuindo fonte constitucional no artigo 9º. Seu exercício deve ser em certa medida estimulado, permitindo o desenvolvimento do diálogo social e da solução autônoma dos conflitos entre as forças do capital e do trabalho[193].

O Direito espanhol possui regra específica que limita transação sobre direito de greve, considerando "nulos los pactos establecidos en contratos individuales de trabajo que contengan la renuncia o cualquier otra restricción al derecho de huelga"[194].

Mesmo diante de sua relevância inquestionável, o direito de greve possui claros limites, os quais são necessários à salvaguarda dos interesses diretos do empregador –

206580/95, SBDI-1, Rel. Min. Cnéa Moreira, in DJ de 19/12/97). (2) "AÇÃO RESCISÓRIA – ADESÃO A PLANO DE INCENTIVO AO DESLIGAMENTO (PID) – QUITAÇÃO SEM RESSALVAS E COM HOMOLOGAÇÃO SINDICAL – RENÚNCIA À CONDIÇÃO DE DIRIGENTE SINDICAL – INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA INVALIDAÇÃO DA TRANSAÇÃO. Não se mostra passível de rescisão, quer com fundamento em violação dos arts. 543, § 3º, da CLT, 5º, XXXV, e 8º, VIII, da Constituição Federal, quer por pretenso vício de consentimento ou erro de fato, a sentença que, calcada na Súmula nº 330 do TST, reconhece como válida a quitação dada sem ressalvas e com homologação sindical no termo de rescisão contratual decorrente de adesão ao Plano de Incentivo ao Desligamento (PID) instituído pela Empresa, mormente quando não demonstrado qualquer vício de consentimento. Ademais, a renúncia à condição de dirigente sindical feita por um dos Reclamantes para poder aderir ao plano está no âmbito de liberdade de exercício de função por parte do cidadão, que não se confunde com renúncia à estabilidade, com continuidade na atuação como dirigente sindical. Recurso ordinário a que se nega provimento (TST-ROAR-730033/01, SBDI-2, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho, in DJ de 15/03/02)". (3) "ESTABILIDADE SINDICAL – RENÚNCIA – CARACTERIZAÇÃO – NÃO CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO ARTIGO 8º, VIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGO 543 DA CLT. Ao decidir que o empregado, quando ciente da sua condição de dirigente sindical, comparece ao sindicato profissional, que lhe presta assistência na rescisão contratual e no recebimento das verbas que a empresa lhe paga, outorga a devida quitação sem nenhuma ressalva, pratica ato incompatível com sua vontade de permanecer no emprego, em típica e inconfundível renúncia à estabilidade, o acórdão do Regional não viola o artigo 8º, VIII da Constituição Federal. Agravo regimental não provido" (TST-AG-RR-457620/98, 4ª Turma, Rel. Min. Milton de Moura França, in DJ de 22/03/02).

[193] Vale aqui ressalvar as palavras de Mozart Victor Russomano que se recusa a aceitar a greve como um direito, afirmando que ela "não pode ser considerada como um direito subjetivo, precisamente por ser violenta. Constitui apenas um *fato*, que surge na sociedade e na vida, na história e no Direito" (RUSSOMANO, M. V. *Princípios gerais de direito sindical*, p. 251).

[194] Artigo 2º do Real Decreto-Ley nº 17/1977.

como nos casos do artigo 9º da Lei nº 7.783/1989[195] –, bem como de direitos da sociedade em geral, na forma prescrita no artigo 11 dessa Lei[196].

Além desses limites, percebe-se a existência de outras restrições voluntárias ao direito de greve que a doutrina estrangeira aponta como viável e compatível com a liberdade sindical.

Trata-se da cláusula de trégua ou de paz, que corresponde ao compromisso, da entidade sindical, de não promover greves em determinado lapso de tempo contra o empregador signatário ou contra os empregadores representados pela entidade patronal signatária. Essa cláusula é pactuada em instrumento coletivo, mas nem por isso ela muda a natureza individual do direito.

Afirma-se isso porque parte da doutrina italiana, interpretando o artigo 40 da Constituição italiana, combinado com o artigo 3º, parágrafo 2º[197], do mesmo texto constitucional, reconhece que o direito à greve é de cunho individual, cujo exercício se faz de forma coletiva[198]. Portanto, quando o sindicato firma instrumento coletivo prevendo essa limitação está, na verdade, disciplinando, mediante autorização assemblear, direito individual. Verdade é que essa definição da titularidade individual do direito à greve encontra certa resistência na própria doutrina italiana.

---

[195] Art. 9º da Lei 7.783/1989: "Durante a greve, o sindicato ou a comissão de negociação, mediante acordo com a entidade patronal ou diretamente com o empregador, manterá em atividade equipes de empregados com o propósito de assegurar os serviços cuja paralisação resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades da empresa quando da cessação do movimento."

[196] Artigo 11 da Lei nº 7.783/1989: "Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.".

[197] Artigo 3º da Constituição italiana: "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale [...]. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.". Artigo 40 da Constituição italiana: "Il diritto di sciopero si esercita nell'ambito dele leggi che lo regolano." Tradução livre do original para este trabalho: "Todos os cidadãos têm igual dignidade social [...] É dever da Rpública remover os obstáculos de ordem econômica e social, que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país.". Artigo 40 da Constituição italiana: "O direito de greve se exercita no âmbito das leis que o regulam.".

[198] GALANTINO, L. *Diritto sindcale*, p. 199.

Franco Carinci reconhece que a definição da greve como direito individual de exercício coletivo já está superado. Agora, para ele, a melhor definição, seguindo os contornos especiais da legislação italiana, é a de que a greve é de "titolarità colletiva ed esercizio individuale"[199].

No Brasil, evidencia-se que o reconhecimento do direito à greve como individual, mas de exercício coletivo, tem sido dominante na doutrina[200].

Independentemente da titularidade em questão, a doutrina italiana admite restrição do gozo do direito à greve mediante negociação coletiva. Essa admitida restrição diz muito sobre o que se tem como propósito afirmar em seguida, ou seja, que a aferição da disponibilidade ou não de um direito se mostra muito mais adequada quando feita fora da moldura tradicional de prefixação de limites oriundos do preceito legal.

O preceito legal, nessa concepção, que se mostra equivocada, já traria, aprioristicamente, um conteúdo disponível ou indisponível, ou, quando muito, por meio da interpretação, o julgador, valendo-se de suas experiências e diante de um caso concreto, estaria autorizado a determinar a disponibilidade ou não de um direito, o que causaria verdadeira insegurança jurídica, na medida em que sua constatação dependerá muito mais da postura do julgador do que propriamente de uma técnica jurídica.

Afora os direitos ora destacados, quais sejam, saúde, vida, dignidade e personalidade, cuja indisponibilidade é requisito indissociável do trabalhador, todos os demais direitos, incluindo os *individuais sindicais*, não podem ser definidos como indisponíveis por si sós.

Devem esses direitos passar por um questionamento, uma espécie de validação, mas não na perspectiva apenas do princípio da proteção em confronto com o princípio da autonomia da vontade, pois essa discussão se mostra desnecessária, já que é notório ter o

---

[199] CARINCI, F. Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all´assalto della titularità individuale. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriale*, ano XXXI, n. 123, 2009, p. 427.

[200] DE LUCCA, C. M. Origens, natureza jurídica e tipos de greve In: FRANCO FILHO, G. de S. (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 455; GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*, 16. ed., 2002. p. 606; JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. *Direito do trabalho*, p. 1.798; NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*, 26. ed., p. 1.366; FREDIANI, Y. A emenda constitucional nº 45/2004 e o exercício do direito de greve nas atividades essenciais e no serviço público. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXV, n. 82, jun. 2005, p. 127; entre outros.

Direito do Trabalho nascido e se desenvolvido com o intuito de equilibrar o eterno e inarredável desequilíbrio entre o poder econômico e a força de trabalho.

2.8 O Tema na Perspectiva das Relações Coletivas

Se no plano individual a discussão sobre disponibilidade ou não dos preceitos trabalhistas ganha espaço nos debates doutrinários, algo semelhante ocorre quando o tema passa para o plano coletivo.

Amauri Mascaro Nascimento, em consagrada obra sobre o tema sindical, ensina que o dirigismo contratual imposto pelo Estado em razão da hipossuficiência do trabalhador não admite ampla atuação da autonomia da vontade nos contratos individuais, mas, ao permitir o direito de associação, a lei criou a oportunidade de o trabalhador reivindicar melhorias em suas condições de trabalho sem pôr em risco sua vida profissional[201].

Em sentido oposto ao dirigismo contratual, que impera nas relações individuais, nas coletivas há grande abertura para criação entre os atores[202]. Resta saber em que medida a representação pelo sindicato pode ampliar ou não a disponibilidade de um direito trabalhista.

O Direito do Trabalho francês vem experimentando intensas modificações nos limites da negociação coletiva nos últimos anos, em especial com as Leis Auroux (1982) e Fillon (2004), que modificaram profundamente, no país, o conceito de hierarquia entre as fontes de Direito do Trabalho.

As fontes negociais – autônomas – passaram a ocupar patamar de protagonistas nesse complexo mundo da regulamentação das relações de trabalho. O império da lei

---

[201] NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de direito sindical*, p. 269.

[202] RUSSOMANO, M. V. *Princípios gerais de direito sindical*, p. 51.

sofreu modificações nessa seara, dignas de nota e acompanhamento, para se aferir em que medida seus efeitos valorizaram o desenvolvimento das relações de trabalho.

Esse período destaca-se pelo reconhecimento inequívoco da relevância e responsabilidade conferidas às representações sindicais. Mario L. Deveali, desde a década de 1960, ao analisar a ordem das fontes de Direito do Trabalho, reconhece a condição de debilidade do trabalhador isoladamente considerado, mas admite que essa situação não se verifica quando quem transaciona é a associação profissional[203].

Por meio da Lei nº 67, de 21 de janeiro de 2008 (art. 3º), foram incorporadas ao Código do Trabalho francês disposições preliminares (artigo L.1), que regulamentaram o chamado "diálogo social". Os sindicatos, após essas disposições, passaram de destinatários a criadores da norma jurídica.

O artigo L.1 do Código representa um preâmbulo do novo Código do Trabalho de 2008. Assim, qualquer reforma intencionada pelo Governo que se centra nas relações individuais ou coletivas de emprego, trabalho e formação profissional será objeto de consulta prévia aos sindicatos de empregados e empregadores com representatividade nacional para a necessária abertura de negociações. Para esse fim, o Governo lhes fornecerá documento de orientação que descreva os elementos da proposta, os objetivos e as principais opções. Esses sindicatos deverão informar se pretendem negociar e, também, o tempo necessário para realizar a negociação[204].

---

[203] DEVEALI, M. L. La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el trabajador. *Revista Argentina Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, t. XXII, 1962, p. 72.

[204] O artigo L.1 do Código do Trabalho francês tem a seguinte redação: "Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. A cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation. Le présent article n'est pas applicable en cas d'urgence. Lorsque le Gouvernement décide de mettre en oeuvre un projet de réforme en l'absence de procédure de concertation, il fait connaître cette décision aux organisations mentionnées au premier alinéa en la motivant dans un document qu'il transmet à ces organisations avant de prendre toute mesure nécessitée par l'urgence". Tradução livre do original para este trabalho: "Qualquer reforma prevista pelo Governo que incide sobre as relações de trabalho individuais e coletivas, emprego e formação profissional no âmbito nacional e internegociação está sujeita à consulta prévia com os sindicatos de empregados e empregadores representativos em nível nacional e transversal para a possível abertura dessas negociações. Para este fim, o

Na mesma medida em que valorizou as representações sindicais, impôs sério ônus a elas, pois dividiu a responsabilidade que até então era apenas do Estado em editar normas jurídicas gerais de cunho social. Com isso, as normas que criam vantagens, mas também as que as eliminam, passam, necessariamente, pela aprovação dos atores sociais.

Já determinava o antigo artigo L.132-4, do Código do Trabalho francês revogado – e o atual artigo L.2251-1 manteve sua redação – que as convenções coletivas de trabalho podem estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores, ou seja, as normas de Direito do Trabalho ocupam uma posição de ordem pública relativa[205].

As normas de ordem pública absoluta são reconhecidas pelo Direito francês como incapazes de receber modificações pelas partes contratantes. Integram um conjunto de normas indisponíveis pela vontade das partes.

Mesmo que a convenção entre as partes represente vantagem ao hipossuficiente, ela vantagem não é considerada válida. Encontram-se nessa classificação, *v.g.*, as normas que dizem respeito à competência da fiscalização dos locais de trabalho pela autoridade pública competente.

Normas de ordem pública relativa, ou social, são, portanto, aquelas que admitem mudanças em suas condições, sempre para beneficiar o trabalhador. Reforça-se o princípio *de faveur*, do Direito francês:

> "Le principe général em droit du travail est qu´un accord collectif peut toujours comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur, et que la situation des salariés

---

Governo comunica seu documento de orientação política que define os elementos de diagnóstico, os objetivos e as principais opções. Quando eles anunciarem a sua intenção de participar nessas negociações, as organizações também indicarão ao Governo o tempo que considerarem necessário para conduzir as negociações. Esta seção não se aplica em caso de emergência. Quando o governo decidir implementar um projeto de reforma sem processo de consulta, deve informar a decisão às organizações referidas no primeiro parágrafo e as razões de um documento transmitido para essas organizações antes de tomar qualquer ação necessária em face da urgência."

[205] É importante mencionar, como se fez anteriormente, que, para o Direito francês, a convivência do art. 6º do Código Civil francês, que prega a inderrogabilidade das normas de ordem pública, com o artigo L.2251-1 do Código do Trabalho – que admite a derrogação *in melius* – só foi possível mediante a adaptação do conceito do Direito do Trabalho para a classificação de ordem pública social.

> doit être régie, en cas de conflit de normes, par celle qui leur est la plus favorable."[206]

O princípio *de faveur* representa para os franceses o mesmo que o princípio da norma mais favorável para os países da América Latina, ou seja, "le principe de faveur est ainsi le pilier sur lequel repose la hiérarchie des normes"[207].

O problema surge quando se questiona a possibilidade de as normas de ordem pública relativa serem modificadas para piorar as vantagens destinadas aos trabalhadores. Seria possível, em razão desse reconhecimento, que um acordo de empresa ou de estabelecimento pudesse derrogar *in pejus* um acordo de ramo ou uma convenção coletiva, que são mais abrangentes, ao menos conceitualmente?

Durante muitos anos, por uma questão de coerência com a história desenvolvimentista francesa muito lastreada nos ideais de liberdade, fraternidade e igualdade, a doutrina reconheceu a impossibilidade de um instrumento coletivo de menor abrangência modificar para pior o conteúdo de outro instrumento normativo mais abrangente, diante da hierarquia das fontes que vigorava[208].

Com o passar do tempo, e com a constante ameaça oriunda das incontáveis crises econômicas, o legislador francês introduziu, na década de 1980, norma que permitiu as negociações coletivas *in pejus*, no tocante à jornada de trabalho (Lei Auroux), inaugurando importante período de alargamento dos limites da negociação. Nota-se que, nesse particular, o legislador permitiu negociação *in pejus*, sobre tema de reserva legal.

---

[206] PELISSIER, J.; AUZERO, G.; DOCKÈS E. *Droit du travail*. 26. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 1.278. Tradução livre do original para este trabalho: "O princípio geral do direito do trabalho é de que um acordo coletivo pode conter disposições mais favoráveis aos trabalhadores do que as leis e regulamentos, e que a situação dos empregados será regida, em caso de conflito de normas, por aquela que for mais favorável a eles."

[207] MAZEAUD, A. *Droit du travail*, p. 51.Tradução livre do original para este trabalho: "O princípio *de faveur* é, assim, o pilar sobre o qual repousa a hierarquia das normas.".

[208] Nas palavras de Bernard Teyssié: "Il a longtemps été de principe qu´une convention de branche ou un accord profissionnel ne pouvait comporter des dispositions moins favorables aux salariés que celles qui leur étaient applicables en vertu d´une convention ou d´un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large." (TEYSSIÉ, B. *Droit du travail relations collectives*. 4. ed. Paris: Lexis Nexis, 2005. p. 354). Tradução livre do original para este trabalho: "Por um longo tempo, ele tem sido um princípio segundo o qual uma convenção do ramo ou um acordo profissional não poderia conter disposições menos favoráveis para os trabalhadores do que os aplicáveis no âmbito de uma convenção ou de um acordo de âmbito territorial ou profissional mais amplo.".

Como se sabe, ainda nos dias atuais, o Código do Trabalho francês adota jornada de trabalho de trinta e cinco horas semanais; contudo, essa regra evoluiu no que diz respeito a permitir que a negociação coletiva amplie a jornada para além do limite das trinta e cinco horas, em um sistema de compensação de jornada mediante descansos[209], o que implicou radical modificação de postura diante dessas normas de ordem pública relativa.

O Direito francês faz separação entre o que é derrogabilidade de norma coletiva (acordos nacionais, interprofissionais ou de ramo de atividade) e outras de menor abrangência (acordos de empresa ou de estabelecimento) e o que é derrogabilidade da norma legal em face da negociação coletiva. No tocante à primeira, a doutrina enfrenta essa situação com base no estudo da vigência do princípio *de faveur*, que, conforme salientado neste trabalho, representa o equivalente ao princípio da norma mais favorável na doutrina brasileira. A esse propósito, chama atenção o posicionamento assumido pelo *Conseil Constitutionnel*, ao afirmar que o princípio de *faveur*, embora seja um princípio fundamental do Direito do Trabalho francês, não é um valor fundamental reconhecido pela Constituição francesa[210].

Antes, o *Conseil d´État*, em Decisão nº 444, de 22 de março de 1973, já havia afirmado que o princípio de *faveur* é considerado um *principe général du droit du travail*.

Também a Corte de Cassação francesa, em julgamento de 26 de outubro de 1999, reconheceu a relevância do citado princípio para a construção do Direito do Trabalho, ao afirmar que o princípio *de faveur* é um *principe fondamental du droit du travail*, o que confere ampla aceitação e relevância a esse princípio[211].

Na Decisão nº 2004-494, o *Conseil Constitutionnel* analisou a compatibilidade constitucional da lei de formação profissional (nº 341, de 4 de maio de 2004 – conhecida como Lei Fillon), que havia modificado os artigos L.132-12 e L. 132-23 do Código do Trabalho vigente, introduzindo a sistemática de acordos derrogatórios (entre acordos de maior ou menor abrangência). Exceto nos casos de expressa vedação contida no instrumento, o *Conseil Constitutionnel* afirmou que o legislador é competente em matéria

---

[209] NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*, p. 511/512.

[210] Decisão *Conseil Constitutionnel* nº 2004-494 DC, de 29 de abril de 2004.

[211] MAZEAUD, A. *Droit du travail*, p. 51.

de ordem pública social para determinar a abrangência ou modificação de uma regra legal dessa natureza e que o princípio *de faveur* não é um valor constitucional, mas infraconstitucional.

O *Conseil* reconheceu, assim, a constitucionalidade do texto da Lei nº 341/2004, com suas mudanças, o que implicou grande modificação no conceito de hierarquia das fontes autônomas, no Direito francês.

O princípio *de faveur* representa para os franceses a garantia aos trabalhadores de que, na vigência de duas normas válidas – o que é mais comum ocorrer entre instrumentos normativos, como os conflitos entre acordos de empresa e convenções de ramo –, será aplicado a mais benéfica a eles.

Essa posição do *Conseil Constitutionnel* abriu, todavia, a oportunidade para a modificação da regra de hierarquia dos instrumentos, passando da regra da prevalência do mais benéfico para a do mais específico – ressalva feita aos acordos ou convenções que estipulam textualmente a impossibilidade de derrogação de suas condições por outros instrumentos[212].

Desde a afirmação do *Conseil Constitutionnel* sobre limitação do princípio *de faveur*, vem-se admitindo derrogação de convenções ou acordos mais abrangentes por instrumentos de menor expressão.

Com o propósito de suavizar a aplicação desmedida dessa nova sistemática de derrogação, há na doutrina posição que recomenda o emprego de técnica que pretende validar o acordo derrogante. A técnica se assemelha à da ponderação em que o aplicador do Direito deve superar um questionamento prévio para garantir que a norma derrogada passou por adequada aferição valorativa. Trata-se do princípio da descentralização.

O princípio em comento utiliza-se de um conjunto de três questões que devem ser feitas toda vez que se pretender legitimar ou não acordo menos favorável em comparação com outro de maior hierarquia. O intérprete deve questionar-se: (i) trata-se de uma matéria

[212] Conforme Bernard Teyssié, "les signataires des conventions ou accords de 'niveau supérieur' peuvent y introduire une clause excluant expressément qu´il soit dérogé à leurs dispositions ou à certaines d´entre elles." (TEYSSIÉ, B. *Droit du travail relations collectives*, p. 355). Tradução livre do original para este trabalho: "os signatários das convenções ou acordos de 'nível superior' podem introduzir uma cláusula excluindo expressamente a derrogação das suas disposições ou algumas delas".

de derrogação de instrumento negociado? (ii) em caso afirmativo, o instrumento de hierarquia superior possui cláusula proibindo acordos inferiores derrogatórios? (iii) em caso negativo, é conveniente a aplicação daquele acordo derrogatório em vez do acordo de nível mais abrangente e hierarquicamente superior?[213].

Resta saber se essa capacidade derrogatória dos entes coletivos pode abranger a própria lei, ou seja, se é possível, por convenção das partes, afastar norma legal mais favorável.

Com exceção das possibilidades levadas a efeito pela Lei Auroux, na década de 1980, em que a jornada de trabalho, incluindo-se o trabalho noturno e nos finais de semana, tornou-se permitida como objeto de negociação de forma diversa e, muitas vezes, em desfavor do trabalhador, denota ser bastante difícil defender a possibilidade, por acordo ou convenção coletiva, ou, o que é ainda mais difícil, por contrato de trabalho, de afastar-se a aplicação da norma legal mais favorável[214].

Hoje, a França experimenta período de fortalecimento das negociações coletivas em grande parte na direção de reconhecer o equilíbrio de força criadora das negociações (fontes autônomas) em contraste com as legislativas (fontes heterônomas), até porque as convenções coletivas nacionais ou interprofissionais já representam importante fonte inspiradora da legislação do trabalho francesa.

Surge o que a doutrina denomina *lex referenda*[215], representação da produção normativa híbrida que ocorre na França nos dias atuais, em que as convenções ou acordos coletivos nacionais ou interprofissionais se misturam, em importância aos preceitos legais, configurando legislação negociada muito próximo do que se espera do ideal da concertação

---

[213] MAZEAUD, A. *Droit du travail*, p. 249. O autor afirma que "Le principe de décentralisation consiste à appliquer la norme supposée être la plus proche de la réalité économique et sociale du terrain que constitue l'entreprise ou l'établissement.". Tradução livre do original para este trabalho: "O princípio da descentralização consiste em aplicar a norma que deveria estar mais próxima da realidade econômica e social no terreno da empresa ou do estabelecimento." (ibidem, loc. cit.).

[214] Embora parte da doutrina demonstre aceitar a derrogação de lei por meio da negociação como uma hipótese real, como expressão talhada por Jean Pélissier que diz: "à la loi qui rest impérative, il ne peut être dérogér dans le contrat individuele, mais ce que le contrat individuel ne peut pas faire, la convention collective le peut" (PÉLISSIER, J. *Droit du travail*. 26. ed. Paris: Dalloz, 2011. p. 1.278).

[215] JEAMMAUD, A. Direito do trabalho em transformação: tentativa de avaliação. *Plural*: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense*, Porto Alegre, n. 1, p. 9-31, 1998. p. 9.

social ou do diálogo social disciplinado pela Lei nº 130/2007, que introduziu o artigo L.1 ao novo Código do Trabalho francês.

A história evolutiva da legislação francesa em matéria de Direito do Trabalho, em especial de Direito Coletivo do Trabalho, é bastante rica e mostra mudança radical de paradigma ocorrida nesses mais de duzentos anos, desde a proibição total do associativismo, com a Lei Le Chapelier, até os tempos mais modernos com as leis Auroux e Fillon, que abriram grande espaço para a participação sindical no desenvolvimento da regulamentação das relações de trabalho.

Em consequência dessa evolução, a França experimenta período de ampla participação dos sindicatos, na medida em que o diálogo social, regulado pela Lei nº 130/2007, atribuiu grande responsabilidade aos sindicatos, com a necessária negociação de cada mudança legislativa proposta pelo governo que diga respeito aos trabalhadores.

Nesse mesmo processo de evolução, encontra-se hoje a problemática envolvendo acordos derrogatórios. Com o reconhecimento, pelo *Conseil Constitutionnel*, de que o princípio *de faveur* ou, como conhecido na América Latina, o princípio da norma mais favorável, não é um valor constitucional, mas infraconstitucional, autorizou, com sua decisão de 2004, o legislador ordinário a modificar o Código do Trabalho, incluindo a possibilidade desses acordos, hierarquicamente inferiores, disciplinarem, de forma diversa e *in pejus*, os acordos de maior abrangência, como convenções coletivas interprofissionais e acordos de ramo.

Se as medidas adotadas pela França vão gerar resultados ou não, só se saberá com o passar do tempo. O importante é reconhecer que o Direito francês, notabilizado como um dos principais no desenvolvimento das garantias sindicais, vem recuando no protecionismo desmedido e apostando fortemente na promoção negociada do desenvolvimento das relações do trabalho, o que denota reconhecer a relevância dos sindicatos nesse cenário. Prova disso são as *lex referenda*, que traduzem verdadeira legislação negociada e emanada do recomendado diálogo social.

A conceituação do Direito do Trabalho como de ordem pública relativa (social), foi indispensável para se atingir esse objetivo, dado que a passagem da responsabilidade aos sindicatos pela negociação de condições menos favoráveis só foi possível com o

reconhecimento dessa condição de relatividade da força cogente das normas trabalhistas. Com isso, permitiu-se que a ordem hierárquica das fontes reconhecesse a prevalência de instrumentos específicos e não hierarquicamente superiores, o que implica transformação da visão do Direito coletivo com importante valorização dos atores sociais na construção de um novo modelo de relações de trabalho.

Observa-se, assim, como fez com propriedade Allain Supiot, que a tendência é que "el Estado ejerza un peso en el mercado del trabajo, al mismo tiempo que se respeta la libertad de los operadores que intervienen en dicho mercado"[216], reconhecendo a liberdade de estipulações nas relações de trabalho, sem com isso permitir que o Direito do Trabalho deixe de ser objeto dessa intrincada e complexa malha que compõe os *direitos privados de ordem pública social*.

No Direito português, houve profundas modificações na legislação trabalhista, resultando no atual Código do Trabalho, modificado pela Lei nº 23/2012.

João Leal Amado[217], ao estudar as modificações do texto agora codificado, faz análise contundente sobre o efeito das mudanças alusivas, principalmente, ao princípio do *favor laboratoris*.

O autor em referência caminha pela história de proteção destinada aos trabalhadores e reconhece que o Direito do Trabalho se pauta, entre outros pilares, por "ordenamento de caráter protectivo e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado"[218].

Para justificar a tese que considera o Direito do Trabalho como norma de ordem pública social, apresenta o texto revogado do artigo 13 do Código do Trabalho, segundo o qual "as fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daqueles, estabelecem tratamento mais favorável para o trabalhador"[219].

---

[216] SUPIOT, A. *El derecho del trabajo*, p. 41.

[217] AMADO, J. L. *Contrato de trabalho*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 41.

[218] Ibidem, loc. cit..

[219] Ibidem, p. 43.

No entanto, com a reforma operada inicialmente em 2003 e concluída com o novo texto de 2009, essa condição de supremacia da norma mais favorável cedeu espaço à supremacia da norma coletiva negociada.

Para João Leal Amado, essa mudança resultou "num verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris*"[220].

A relevância da mudança experimentada pelo Direito português obriga a transcrição do artigo 3º, do Código do Trabalho para facilitar a compreensão do seu impacto na hierarquia das fontes de Direito do Trabalho:

> "Artigo 3º – Relações entre fontes de regulação
> 1 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário.
> 2 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho não podem ser afastadas por portaria de condições de trabalho.
> 3 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias:
> a) Direitos de personalidade, igualdade e não discriminação;
> b) Protecção na parentalidade;
> c) trabalho de menores;
> d) Trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica;
> e) Trabalhador-estudante;
> f) Dever de informação do empregador;
> g) Limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal;
> h) Duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias;
> i) Duração máxima do trabalho dos trabalhadores nocturnos;
> j) Forma de cumprimento e garantias da retribuição;
> l) Capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta;
> m) Transmissão de empresa ou estabelecimento;
> n) Direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.
> 4 – As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário.
> 5 – Sempre que uma norma legal reguladora de contrato de trabalho determine que a mesma pode ser afastada por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho entende-se que o não pode ser por contrato de trabalho."

[220] AMADO, J. L. *Contrato de trabalho*, p. 44.

Bernardo da Gama Lobo Xavier conceitua como "deslegalização do Direito do Trabalho" as mudanças do artigo 4º do Código português e, ao estudá-las, reconhece que, após esse novo texto, os instrumentos de regulação coletiva de trabalho se equiparam às leis, exceto no tocante às de caráter imperativo (absoluto – menos *in melius* nem *in pejus*; ou relativos – somente *in melius*), que permaneceriam intangíveis às negociações coletivas[221].

Aponta, contudo, o autor lusitano, que há, agora, nova categoria de leis, quais sejam, as *colectivo-dispositivas*, que admitem, após o texto do artigo 4º do Código do Trabalho português, plena disposição pelos interessados sem, contudo, delimitar claramente qual o rol dessas categorias legislativas. Conclui-se que, para o Direito português, a norma coletiva pode, limitada a certas matérias, derrogar a aplicação da lei nos contratos de trabalho, inclusive *in pejus*[222].

Na Itália, país onde as negociações coletivas possuem grande destaque com acordos originados no Direito comum e os previstos pelo artigo 39 da Constituição italiana, bem como no estudo da interpretação desses acordos (teoria do conglobamento ou análise clausulada – conforme artigos 1.339 e 1.419 do Código Civil), também ganham destaque as discussões sobre o tema da inderrogabilidade de preceito legal mediante negociação, o que caracteriza a disponibilidade ou não dos direitos trabalhistas.

Sobre o tema, a doutrina vem reconhecendo a prevalência da estrutura tradicional de impossibilidade de derrogação de norma legal mediante negociação coletiva, ao mesmo tempo em que permite referidas derrogações nas disposições legais não imperativas.

---

[221] XAVIER, B. G. L. *Curso de direito do trabalho*, p. 628-629.

[222] Ao criticar a possibilidade de extinção do princípio do *favor laboratoris*, Jorge Leite defende a constitucionalidade do artigo 4º, desde que se considere sua utilização de maneira a não resultar na revogação da norma, mas apenas em seu afastamento por determinado período e desde que sua utilização seja excepcional e não ordinária, caso contrário, explica o autor lusitano, o artigo 4º estaria em desacordo com a Constituição da República portuguesa que consagra "direitos individuais que constituem uma espécie de *patamar de proteção mínima* dos trabalhadores assalariados" (LEITE, J. Código do trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade. *Revista Questões Laborais*, Coimbra, ano X, n. 22, p. 270-273, 2003). É certo, contudo, que o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão nº 306/2003 publicado no *Diário da República*, I-A, de 18 de julho de 2003, reconheceu a contrariedade do disposto no artigo 4º do Código do Trabalho lusitano não sob a ótica material de incompatibilidade com os princípios sociais da Constituição, mas sob o aspecto formal do texto que autorizaria a derrogação de norma legal por norma de hierarquia inferior, ferindo, assim, o disposto no item 6, do artigo 112, dessa Constituição.

A esse propósito, Luisa Galantino é enfática ao afirmar que "dunque, *il contrato colletivo può derogare in melius, ma non in pejus alle disposizioni di legge*, a meno che queste ultime non siano assolutamente inderrogabili, in quanto perseguono interessi pubblici"[223].

Trata-se da valorização do *principio di favore verso il lavoratore*. Admite-se, contudo, a plena capacidade dos agentes sociais de firmarem contratos coletivos que prevejam condições mais benéficas do que as previstas em lei, conforme tem se defendido ao longo deste estudo em razão do conceito bem difundido na Europa sobre as normas de ordem pública social.

Não obstante o posicionamento sobre limitação da autonomia coletiva em detrimento da aplicação da lei nos contratos individuais de trabalho, um fato vem desmontando a estrutura construída acerca dessa secular racionalidade. Trata-se do acordo coletivo firmado entre a Fiat – principal indústria automobilística italiana – e os sindicatos mais representativos daquele país. Para manter uma fábrica da montadora italiana na cidade de Pomigliano, permitindo investimentos de milhões de euros e, por consequência, a manutenção de todos os postos de trabalho, essa indústria e diversos sindicatos representativos – Fim-Uilm-Fismic – firmaram, em 15 de junho de 2010, um acordo coletivo modificando a aplicação da norma coletiva nacional *in pejus*. Na realidade, o acordo firmado entre a Fiat e os demais sindicatos de representação nacional derroga a aplicação das convenções coletivas de âmbito nacional àquela empresa, conferindo amplo poder ao acordo de empresa.

Os referidos acordos foram firmados inicialmente para a fábrica da empresa, em Pomigliano, em 15 de junho de 2010, e, posteriormente, para a fábrica de Mirafiori, em 20 de dezembro do mesmo ano.

Embora não tenha tido destaque no Brasil, aqueles acordos foram amplamente debatidos na Itália, pois representaram relevante mudança no conceito de derrogação de

---

[223] GALANTINO, L. *Diritto sindacale*, p. 167 (grifo do original). Tradução livre do original para este trabalho: "Portanto, *o contrato coletivo pode derrogar in melius, mas não in pejus as disposições de lei*, a menos que este último não seja absolutamente inderrogável, enquanto prescrevem interesse público".

norma coletiva de grau superior (*in pejus*), por instrumentos coletivos em nível de empresa[224].

Em síntese, o Direito peninsular vive uma fase em que não se admite derrogação de preceito legal imperativo por meio da negociação coletiva, mas se admite, em sentido contrário, estabelecimento de acordos em nível de empresa que afastem a aplicação de convenções coletivas de grau superior, reconhecendo o impacto da economia nas estruturas e proteção das relações de trabalho.

Na América Latina, segundo estudos da OIT da década de 1990, lembra Amauri Mascaro Nascimento, impera excessiva intervenção estatal sobre os domínios do processo negocial coletivo, que o enrije e o torna altamente formalista, "afetando-o, em muitos casos, com resoluções administrativas ou decisões judiciais, e na estrutura da negociação, com a determinação dos níveis em que pode dar-se"[225].

Mesmo diante dessa evidente interferência estatal – dirigismo contratual –, a Argentina experimenta, atualmente, modalidade específica de disponibilidade dos direitos no plano coletivo, assumindo postura inovadora contra a crise econômica.

As empresas argentinas podem se valer de acordos coletivos que afastem a aplicação dos "convenios colectivos", equivalentes à convenção coletiva brasileira, mediante procedimento que comprove sua crítica situação financeira. Trata-se da aplicação da Ley nº 25.250, reformada pela Ley nº 25.877, de 19 de março de 2004, conhecida como Reforma Laboral, que, incorporando o texto do Capítulo V da Ley nº 14.250/1988, disciplinou a possibilidade de o acordo coletivo de empresa derrogar a aplicação da convenção coletiva.

---

[224] Luisa Galantino, em trabalho publicado pela Fundação Marco Biagi, da Università di Modena e Reggio Emilia, em 2011, comenta a influência do acordo da Fiat na elaboração da Lei nº 148/2011, que modificou substancialmente os limites das negociações coletivas na Itália. A autora afirma que, "con accordi aziendali del 15 giugno e poi 29 dicembre 2010 per lo stabilimento di Pomigliano e del 23 dicembre 2010 per lo stabilimento di Mirafiori, la Fiat ha sottoscritto coi rappresentanti delle associazioni sindacali nazionali e provinciali dei lavoratori, ad eccezione della Fiom-GGIL, clausole derogative in pejus del contratto collettivo nazionale – salvo che con riferimento ai minimi tabellari, agli aumenti periodici di anzianità e ai diritti derivanti da norme inderogabili di legge – al fine di creare condizioni utili a nuovi investimenti." (Disponível em: <http://gsa.unimore.it/search?sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&ie=UTF-8&oe=UTF-8&client=public_frontend&proxystylesheet=public_frontend&site=public_collection&access=p&as_sitesearch=http%3A%2F%2Fwww.fmb.unimore.it&q=documento8540&trova=Cerca>. Acesso em: 30 maio 2013.)

[225] NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de direito sindical*, p. 289.

A Lei determina que, para se valer dessa prerrogativa, o empregador deverá não apenas obter assinatura do sindicato de empregados signatário da convenção, como também do sindicato patronal, justamente para evitar desequilíbrio da concorrência entre empresas.

Julio Armando Grisolia lembra que essa modalidade de derrogação de convenção coletiva "no se limita al aspecto salarial, sino que, al no hacerse distinción, incluye condiciones de trabajo y demás cláusulas insertas en el convenio, pudiendo en circunstancias extremas dejarse de aplicar en su totalidad"[226].

No Brasil, o tema da abrangência dos instrumentos coletivos tem sido tratado como um *plus* às garantias previstas na legislação.

Vigora, entre essa maioria, o intransponível conceito de inviabilidade das negociações coletivas *in pejus*, exceto nos estritos casos já autorizados pela legislação.[227]

A expressão "salvo disposto em convenção ou acordo coletivo", prevista como exemplo no artigo 7º, VI, da CRFB, tem sido o limite utilizado pela corrente doutrinária citada para admitir a possibilidade de negociação *in pejus*. Na ausência dessa salvaguarda, não estão, os atores sociais, autorizados a negociar de forma a prejudicar o trabalhador. Veja-se que nessa postura está sendo ignorado o conceito do termo *prejuízo*, dado que, na ótica imediatista, o prejuízo pode ser evidente, mas no longo prazo tem outro sentido, como a manutenção de empregos, retomada da produção etc. O *prejuízo* aqui é analisado sob o prisma da autoridade competente para a decisão da lide, independentemente do contexto em que se insere, o que implica imprevisibilidade da decisão.

Em sentido inverso, como não há a mesma exceção expressa no texto do referido artigo 7º, inciso IV, a redução autorizada no inciso VI não pode comprometer o mínimo salarial previsto no texto do inciso IV.

---

[226] GRISOLIA, J. A. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. 13. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. v. 2, p. 1.599.

[227] "CONFLITO ENTRE A LEI E CONVENÇÃO COLETIVA – A convenção ou acordo coletivo não pode pactuar de forma menos favorável que a lei. Pacto nesse sentido é de nenhum valor (art. 444, CLT)." (TRT 2ª Região, Proc. nº 02990167042 RO – Acórdão da 5ª Turma nº 20000137302, publicado no *DOE* de 14.4.2000 – Relator Juiz Francisco Antonio de Oliveira.)

Amauri Mascaro Nascimento, na obra *Compêndio de Direito Sindical*, lembra a importante distinção sobre as normas que se pretende modificar *in pejus*. Para o doutrinador, a análise da viabilidade jurídica de uma mudança *in pejus* por meio de um instrumento normativo negociado deve ser verificada em cotejo com a norma que se pretende afastar: lei ou outro instrumento normativo negociado.

Se a norma que se pretende afastar ou reduzir sua vantagem ao trabalhador é uma lei (*lato sensu*), e se a própria norma autoriza sua invasão pela via negocial, então, por se tratar de expressão da vontade soberana da sociedade, pode ser viável a reforma *in pejus*[228]. Nesse sentido, forçoso reconhecer sua inclinação pela modificação *in pejus* apenas nos limites apontados anteriormente.

Há quem vincule a impossibilidade de se admitir a derrogação de preceito legal mediante negociação com base no obstáculo criado pelos artigos 9º, 444 e 468, todos da CLT[229]. Por considerar nulo o ato praticado com o objetivo de afastar a lei, estaria restrito o negócio jurídico coletivo a ampliar as vantagens legalmente conquistadas, o que denota não lhe assistir razão, dado que a restrição imposta implicaria aniquilar o processo de desenvolvimento das relações sindicais, mormente em se considerando que negociar é ato pelo qual se pratica a troca.

Sérgio Pinto Martins também demonstra reconhecer que o resultado da negociação coletiva só pode ser para ampliar – e nunca restringir – os benefícios aos trabalhadores. Para o autor, a "norma coletiva estabelece melhores condições de trabalho, suprindo as deficiências do contrato de trabalho"[230].

Maurício Godinho Delgado insiste na existência de normas de *indisponibilidade relativa*, informando sobre o "princípio da adequação setorial negociada". Segundo ele, esse princípio difere regras que podem ou não sofrer limitação por meio da negociação. Aquelas que admitem negociação *in pejus* são, justamente, as de relativa imperatividade[231].

---

[228] NASCIMENTO, A. M. *Compêndio de direito sindical*, p. 318.

[229] BARROS, A. M. de *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 1.267, entre outros.

[230] MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 909.

[231] DELGADO, M. G. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. p. 59/60.

Para o autor, as normas dessa natureza podem ser pré-assinaladas pela lei como dispositivas – *v.g.*, redutibilidade salarial ou limites da jornada de trabalho –, ou pela "natureza própria à parcela mesma", como modalidade de pagamento de salário, tipo de jornada pactuado, fornecimento de utilidades etc.[232].

Veja-se que a proposta oferecida não difere muito da conhecida análise do que venha a ser disponível ou não apenas ao sabor da análise valorativa do julgador no momento da decisão, o que se mostra inadequado não apenas pelo aniquilamento do princípio da previsibilidade do Direito, mas, sobretudo, por considerar que essa técnica fomenta a decisão arbitrária. Saliente-se que essa arbitrariedade foi, justamente, durante muito tempo, combatida no período dos governos totalitários, os quais a sociedade contemporânea espera nunca mais retornar.

Amauri Mascaro Nascimento, com peculiar lucidez, em recente obra, permeada por indispensável componente filosófico, faz relevante reflexão sobre o atual cenário em que os acordos coletivos (*lato sensu*) estão envolvidos. Para o autor,

> "[...] o modelo tradicional de convenção coletiva está se transformando profundamente. A contratação coletiva já não é necessariamente um instrumento para a formalização de acordos vinculantes entre as partes em mão única de melhoria da condição social do trabalhador. Deixou de ser um mecanismo unicamente de introdução de benefícios para os trabalhadores."[233]

Ao analisar as mudanças engendradas nos países da Europa, especialmente em Portugal, Itália e Espanha, até mesmo no Mercosul, com a legislação argentina que autoriza acordos derrogatórios de convenções mais abrangentes, nota-se que a afirmação de Amauri Mascaro procede.

Evidente que o Brasil tem sua cultura jurídica e que não depende, fundamentalmente, de acompanhar as mudanças externas para se manter atualizado. O País pode – e deve – empreender sua própria evolução jurídica. Entende-se, no entanto, que não se mostra adequado manter-se aprisionado a dogmas ultrapassados que se justificavam em momentos históricos diversos, comprometendo o desenvolvimento social. O Brasil já experimentou atraso suficiente no modelo sindical corporativista de unicidade e de

---

[232] DELGADO, M. G. *Direito coletivo do trabalho*, p. 59.

[233] NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*, p. 321.

contribuição compulsória e está pagando o preço dessa leniência. Sindicatos fracos, subdesenvolvidos, mal-aparelhados, com baixa representatividade e vinculados a ideais político-partidários, sem nenhum comprometimento social ou classista.

Em significativo acórdão, o então Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Vantuil Abdala, sustenta esse ideal de valorização da forma normativa dos contratos coletivos de trabalho ao decidir que,

> "Após a Constituição de 1988, que veio consagrar a eficácia das convenções e acordos coletivos (art. 7º, XXVI), admitindo até a validade de pactos para redução salarial (inciso VI), que é o direito maior do trabalhador, aqueles há de ser respeitados sempre, ainda que implique em afastamento de algum direito dos membros das categorias respectivas. Convenção ou acordo coletivo resulta de uma negociação na qual são feitas concessões em troca de vantagens outras, pelo que há de ser consideradas em seu todo. É a teoria da conglobalização dos pactos coletivos. Recurso de revista conhecido e provido"[234].

A proposta apresentada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, em São Paulo, ao Governo Federal, no ano de 2011 vem reacendendo a discussão sobre o tema da validade de acordos coletivos em prejuízo da aplicação estrita da lei trabalhista.

Conhecida como Acordo Coletivo Específico (ACE), ou acordo coletivo de trabalho com propósito específico, a proposta se encontra atualmente na Casa Civil para encaminhamento ao Congresso.

Segundo o texto do Projeto de Lei, considera-se para os fins daquela proposta (art. 2º):

> "Acordo Coletivo de Trabalho com Propósito Específico, o instrumento normativo por meio do qual o sindicato profissional, habilitado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e uma empresa do correspondente setor econômico, estipulam condições específicas de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa e às suas respectivas relações de trabalho"[235].

---

[234] Tribunal Superior do Trabalho – STF. Acórdão nº 688/96, 2ª Turma, publicado em 19.04.1996, p. 12.433.

[235] Artigo 2º, inciso II, da proposta de ACE. Disponível em: <http://www.smabc.org.br/interag/temp_img/%7B38809CF7-87DA-4312-A498-5398482D1DE8%7D_cartilha_ace_v4_nova.pdf>. Acesso em: 31 maio 2013.

O texto conceitua condições específicas de trabalho como "aquelas que, em decorrência de especificidades da empresa e da vontade dos trabalhadores, justificam adequações nas relações individuais e coletivas de trabalho e na aplicação da legislação trabalhista, observado o art. 7º da Constituição"[236].

Se aprovado, o texto promoverá uma revolução no sistema de negociação e de representação sindical. No tocante à negociação, ele propõe facultar aos sindicatos e empregadores a capacidade de prever, por meio de acordos coletivos de trabalho com propósito específico, a forma como a legislação trabalhista infraconstitucional deverá ser cumprida em determinada empresa, considerando-se a realidade experimentada por aquele empregador, realidade essa que a impediria de cumprir a lei nos moldes como se encontra redigida.

Já existe precedente no Tribunal Superior do Trabalho reconhecendo a validade de acordo coletivo que prevê, entre outros, o pagamento parcelado de verbas rescisórias de trabalhadores que, em razão da dificuldade financeira experimentada por certa empresa, aceitam receber parceladamente o que a lei determina seja feito em uma única parcela.

Trata-se da decisão produzida nos autos do processo nº 109100-03.2008.5.02.0203, em que o Ministério Público do Trabalho diligenciava em prol da reforma da decisão do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que julgou improcedente a Ação Civil Pública promovida pelo *Parquet*, para declarar a nulidade de acordo coletivo firmado entre o Sindicato dos Trabalhadores em Telemarketing e Empregados em Empresas de Telemarketing da cidade de São Paulo e Grande São Paulo (Sintratel) e a empresa TMS Call Center S/A.

Em análise, a Ministra Relatora se posicionou no sentido de destacar o preceito constitucional do artigo 7º, XXVI, validando o acordo, mesmo diante da afirmação produzida pelo representante do Ministério Público de que esse acordo não poderia ser

[236] Artigo 2º, inciso III, da proposta de ACE. Disponível em: <http://www.smabc.org.br/interag/temp_img/%7B38809CF7-87DA-4312-A498-5398482D1DE8%7D_cartilha_ace_v4_nova.pdf>. Acesso em: 31 maio 2013.

reconhecido porque resultaria na permissão para transacionar direitos irrenunciáveis, o que não poderia ser admitido por violar os artigos 9º, 444 e 468, todos da CLT[237].

No que toca à representação sindical, a proposta do Sindicato dos Metalúrgicos do ABC é igualmente ousada. Propõe o texto que somente as empresas que cumprirem certos requisitos podem se valer desse instrumento (ACE).

Com isso, apenas as empresas que (i) reconhecerem os Comitês Sindicais de Empresa como legítimos representantes dos sindicatos profissionais e (ii) aquelas que não possuam nenhuma pendência judicial – sentença transitada em julgado – em ação promovida pelo sindicato, relacionada com a restrição do exercício de direito sindical, estão habilitadas a se valer dessa ferramenta.

Ao sindicato interessado em firmar o ACE, a proposta impõe (i) a sindicalização de, pelo menos, 50% mais um dos trabalhadores da empresa interessada, (ii) habilitação específica perante o Ministério do Trabalho e Emprego[238], (iii) formação de Comitê Sindical dentro da empresa e (iv) aprovação do ACE mediante participação de, pelo menos, 50% do total de trabalhadores envolvidos e em escrutínio secreto com aceite de, ao menos, 60% dos trabalhadores votantes.

A proposta formulada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC põe o sindicato e os trabalhadores em posição de vanguarda diante da dicotômica situação existente entre a vantagem formal da lei e a realidade de um emprego em risco decorrente do fato econômico vivenciado pelo empregador.

---

[237] Da decisão extraem-se os seguintes trechos: "No caso, como bem salientou o TRT, a intervenção do sindicato da categoria dos empregados, e o acordo coletivo de trabalho firmado com a empresa, com o fito de autorizar o pagamento das rescisórias em três parcelas, possibilitando ao trabalhador demitido levantar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e o gozo do seguro-desemprego, prestigiou o princípio relevante do Direito do Trabalho, que é a solução dos conflitos de interesse (artigo 7º, XXVI, da CF), quando as partes, por concessões recíprocas, resolvem as questões da melhor maneira para todos. [...] Portanto, entendo como válido o acordo firmado no caso, com vantagens para as partes, sobretudo na pacífica solução do conflito de interesses, por meio da prevalência da norma contida no art. 7º, XXVI, da Constituição da República." Proc. nº TST-AIRR-109100-03.2008.5.02.0203 Min. Kátia Magalhães Arruda. Publicado no DEJT em 20/04/2012.

[238] Para obter a habilitação, o artigo 7º do texto enviado ao Governo determina: "Art. 7º. Para a obtenção da habilitação referida no inciso V do Artigo 2º, o sindicato profissional deverá cumprir o seguinte requisito: I- ter regulamentado em seu estatuto e instalado em uma ou mais empresa de sua base de representação o Comitê Sindical de Empresa, composto por no mínimo dois e no máximo trinta e dois membros, obedecida a proporção de dois membros para cada quinhentos ou fração de quinhentos trabalhadores sindicalizados por unidade de produção ou de serviço, quando for o caso.".

O texto mostra-se bem alinhado com a definição proposta por Octávio Bueno Magano que, ao conceituar convenção coletiva, alerta:

> "[...] não se trata de mero ato jurídico, cuja finalidade consiste em desatar ou explicitar efeitos jurídicos já fixados em lei, mas de expressão do poder de que se investem as entidades sindicais em sociedade pluralista. [...] Tal poder se denomina autonomia privada sem mais nada ou autonomia privada coletiva e se define como poder de auto-regrar os próprios interesses."[239].

Em comentários à legislação espanhola, Nelson Mannrich lembra que já em 1994 a reforma legislativa experimentada por aquela nação, lastreada no objetivo de enfrentamento da crise que, infelizmente, ainda não encontrou saída, havia introduzido relevante modificação no cenário das negociações coletivas.

Naquele país, lembra o autor, "abandonou-se a forma de relação clássica entre a lei e a negociação coletiva. [...] Com a reforma, houve inversão nesse relacionamento, cabendo à lei o papel de suprir eventual omissão ou lacuna da convenção coletiva"[240].

Esse cenário de supremacia da negociação e redução da interferência estatal evidencia permear as mudanças havidas não apenas na Espanha, mas na União Europeia em geral. As negociações coletivas evoluíram do estágio de mera proteção ao trabalhador para um instrumento de gestão das empresas. A evolução das negociações resultou na mudança de visão sobre o instrumento da negociação. As empresas começaram a se interessar pelo seu conteúdo, sobretudo por perceberem a viabilidade de modificação de condições de trabalho por meio desse instrumento.

Mas não é só isso. Os instrumentos resultantes das negociações passaram a disciplinar, também, condições de trabalhadores não propriamente empregados. A Itália vivenciou experiência nesse sentido, regulando relações de trabalhadores *independentes* ou *quase independentes*. "Desloca-se, assim, do trabalhador para o trabalho."[241]

Essa realidade precisa encontrar abrigo no texto legal. Em verdade, o abrigo que se procura não é propriamente no texto, mas na norma. Com o abandono do brocardo *in claris*

---

[239] MAGANO, O. B. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995b. v. 2, p. 84.

[240] MANNRICH, N. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 89/90.

[241] SUPIOT, A. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 154-159.

cessat interpretatio, reconheceu-se a imprescindibilidade de interpretação[242]. A interpretação é que confere vida ao Direito. Faz-se necessário, com isso, que se reconheça certo organismo entre o texto da prescrição legal e o caráter pragmático que o aplicador dá a ela.

De nada adianta o texto prescrever, como o faz o artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República, que os trabalhadores urbanos e rurais têm direito ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho quando, na prática, esse direito se vê modelado pela interpretação constitucional restritiva de sua aplicação, limitando, *v.g.*, o direito de firmar acordos coletivos que excluam do pagamento da chamada Participação nos Lucros e Resultados (PLR) empregados que não estiverem trabalhando na empresa na data do respectivo crédito. Para o Tribunal Superior do Trabalho cláusulas dessa natureza violam o princípio constitucional da isonomia, portanto, considera inválida cláusula de instrumento coletivo que preveja dessa maneira a exclusão de empregados[243].

Ao mesmo tempo, o referido Tribunal valida acordo coletivo de trabalho que prevê pagamento da Participação nos Lucros e Resultados em até doze parcelas, quando o texto legal (artigo 3º, § 2º, da Lei nº 10.101/2000) limita expressamente o pagamento em até duas vezes no ano[244].

---

[242] FERRAZ JÚNIOR, T. S. *In claris cessat interpretatio*? Algumas reflexões sobre os limites da interpretação jurídica. *Revista Forense*, São Paulo, ano 104, v. 400, 255-269, nov.-dez. 2008, p. 265.

[243] Conforme se observa da Orientação Jurisprudencial nº 390: "PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. RESCISÃO CONTRATUAL ANTERIOR À DATA DA DISTRIBUIÇÃO DOS LUCROS. PAGAMENTO PROPORCIONAL AOS MESES TRABALHADOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. (DEJT divulgado em 09, 10 e 11.06.2010). Fere o princípio da isonomia instituir vantagem mediante acordo coletivo ou norma regulamentar que condiciona a percepção da parcela participação nos lucros e resultados ao fato de estar o contrato de trabalho em vigor na data prevista para a distribuição dos lucros. Assim, inclusive na rescisão contratual antecipada, é devido o pagamento da parcela de forma proporcional aos meses trabalhados, pois o ex-empregado concorreu para os resultados positivos da empresa."

[244] Processo número 9500-50.2004.02.0461 (julgamento de Embargos), publicado no DEJT em 05-08-2010. Do corpo do acórdão se extrai a seguinte ementa: "RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 11.496/2007. VOLKSWAGEN. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. PARCELAMENTO. PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO. NATUREZA INDENIZATÓRIA. Esta Subseção, em seus recentes pronunciamentos, firmou, por maioria, o entendimento de que deveria ser prestigiada a norma coletiva que determinou o parcelamento da participação nos lucros e resultados, sem que com isso fosse desnaturado o seu caráter indenizatório. Afirmou-se que o instrumento coletivo refletia a real vontade do sindicato profissional e da empresa, e a sua não observância poderia acabar por desestimular a aplicação dos instrumentos coletivos, como forma de prevenção e solução de conflitos. Ressalva de entendimento pessoal desta Relatora. Recurso de Embargos conhecido e provido.".

Antagonismos assim não contribuem para a harmonização do sistema, nem tampouco para a estabilização das relações de trabalho; assemelha mais com um processo autoritário de poder, no qual cabe ao órgão julgador não apenas o poder de decidir, mas de reconstruir o texto, pautado em técnicas hermenêuticas empregadas apenas para justificar suas ações e não para, organicamente, construir interpretação lastreada no ideal de segurança jurídica e previsibilidade das decisões.

Os pronunciamentos mencionados mostram o atual estágio do pensamento jurídico dos tribunais trabalhistas no tocante à autonomia privada coletiva. Esse pensamento contraditório está em oposição à corrente desenvolvimentista sindical que, na esteira do pensamento cunhado com precisão por Georges Scelle, prega sindicalismo protagonista nas relações de trabalho[245].

Esse paternalismo, traduzido pela grande atuação legislativa e baixa autonomia coletiva conferida aos sindicatos, mantém o sindicalismo em condição de subserviência e o País estagnado em um modelo de intensa proteção e alto custo[246], situação incompatível com a necessária modernização das relações sindicais e de trabalho.

É necessário adotar técnica hermenêutica que confira maior responsabilidade às negociações coletivas, permitindo, de *lege lata*, derrogação de norma coletiva superior por acordos coletivos, com o ajuste das normas às condições peculiares de cada empregador, permitindo, com isso, que normas coletivas fixadas a categorias econômicas abrangentes – já que o sistema brasileiro insiste na representação por categoria – sejam mais bem ajustadas a empresas que, inseridas em um contexto econômico diferente e menos pujante, possam gerar e manter empregos sem comprometer o empreendedorismo, na melhor interpretação do artigo 170 da CRFB.

É mister curvar-se de uma vez por todas à técnica hermenêutica que privilegia a interpretação racional e contemporânea do texto legal, reconhecendo o império da lei (art. 5º, II, da CRFB) sobre a sociedade organizada, mas projetando luz sobre o texto com o fim

---

[245] A Georges Scelle é atribuída a frase: "ontem, a lei arbitrária do patrão; hoje, a lei protecionista do Estado; amanhã, a lei voluntariamente escolhida pelas próprias partes" (RUSSOMANO, M. V. *Princípios gerais de direito sindical*, p. 181).

[246] MAGANO, O. B. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995a. v. 1, p. 86.

de investigar não mais a *vonluntas legislatoris*, mas a racionalidade contida no enunciado[247].

O poder normativo dos grupos deve receber especial atenção, sob pena de limitar-se a raros momentos de utilidade, com criação de novos direitos e, com isso, deixar de lado a função de adaptação a momentos econômicos e sociais menos favoráveis, rejeitando a via negocial como forma de superação de períodos depressivos na geração de riquezas.

Essa via negocial tem se tornado ainda mais estreita quando se observa o texto da Súmula nº 277 do TST que, ao modificar seu conteúdo por meio da Resolução nº 185/2012, publicada em 25, 26 e 27 de setembro de 2012, impingiu efeito ultrativo às cláusulas de convenções e acordos coletivos com prazo expirado. A justificativa está em uma leitura equivocada do parágrafo 2º, do artigo 114, da CRFB, o que resultou na desvalorização e desmotivação das negociações coletivas diretas.

É que no ímpeto de assegurar maiores vantagens aos trabalhadores pela via coativa do Estado, em vez de valorizar a negociação, como manda não apenas a legislação interna, mas os tratados internacionais, o referido Tribunal optou por garantir a manutenção das cláusulas de instrumentos coletivos cuja validade tenha sido esgotada, até que novo acordo seja entabulado entre as partes, vinculando os julgadores nas sentenças normativas[248].

Essa mudança radical de orientação do Tribunal Superior do Trabalho, que transformou a redação da citada Súmula no sentido exatamente oposto ao do texto anteriormente vigente e sem nenhum precedente relevante que justificasse essa mudança, foi influenciada sobremaneira por legislações como a francesa e a uruguaia.

O artigo L. 2.261-13 do Código do Trabalho francês informa que as vantagens individuais adquiridas pela norma coletiva cujo prazo de vigência restou expirado sem novo acordo que o substitua se mantém pelo período de um ano ou, caso desejem as partes,

---

[247] Cf. DASCAL, M. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 360-381.

[248] Súmula nº 277: "CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE. As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificados ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.".

por período superior a este[249]. Se é difícil conceituar a expressão "vantagens individuais adquiridas", é certo que a jurisprudência francesa tem sido bastante enfática ao limitar o conceito a certas condições em que seja evidente não apenas a natureza individual do direito[250] mas também a constância desse direito, não permitindo considerar-se no conceito de vantagens individuais adquiridas aquelas meramente eventuais previstas em norma coletiva com prazo expirado.

A doutrina, por sua vez, tem se posicionado no sentido de reconhecer que o direito individual a ser considerado como estendido para além da vigência do instrumento coletivo deve ser um direito de caráter contínuo ou cíclico (como salários), em oposição aos meramente acidentais ou eventuais (como, *v.g.*, verbas adicionais em caso de extinção contratual)[251].

Em razão do exposto, denota fazer sentido uma compreensão do Direito à luz de uma interpretação racional e sistemática e que garanta valorização dos preceitos constitucionais, não apenas de uma das partes da relação de emprego, porque isso resulta, inegavelmente, em impacto econômico e, sabe-se, o Direito do Trabalho, embora autônomo, não é autista, ou seja, ele se relaciona com as demais disciplinas, em especial com a economia. Em suma, pensar que a superproteção nos tempos modernos resultará em

---

[249] O referido artigo tem a seguinte redação: "Lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai. Lorsqu'une stipulation prévoit que la convention ou l'accord dénoncé continue à produire ses effets pendant un délai supérieur à un an, les dispositions du premier alinéa s'appliquent à compter de l'expiration de ce délai." Tradução livre do original para este trabalho: "Quando a convenção ou acordo que foi denunciado não for substituído por um novo acordo ou uma nova convenção no prazo de um ano após o término do seu prazo, os empregados das empresas envolvidas manterão os benefícios individuais por eles adquiridos no âmbito do acordo ou da convenção após o termo do referido prazo. Quando a estipulação prever que o acordo ou a convenção denunciada continua a ter efeito por um período superior a um ano, as disposições do primeiro parágrafo aplicam-se após o término do referido prazo.".

[250] Assim foi o entendimento exposto no julgado de 13 de março de 2001, da Sala de Direito Social da Corte de Cassação francesa que admitiu como vantagem individual adquirida, o adicional previsto em razão de certa jornada de trabalho que havia perdido a eficácia em razão da perda de vigência de uma norma coletiva: "D'où il suit que la cour d'appel a exactement décidé que cet avantage salarial, qui profitait individuellement à chacune des salariées demanderesses à l'action, s'était incorporé à leur contrat de travail au jour où les dispositions de la convention collective avaient cessé de produire effet et devait être maintenu pour l'avenir" (Disponível em: <http://www.laloupiote.net/Cours/social/jurisprudence.php?id=240>. Acesso em: 30 set. 2013.

[251] PÉLISSIER, J.; SUPIOT, A.; JEAMMAUD, A. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2004. p. 794.

ganho de qualidade aos trabalhadores é uma ilusão que deve ser analisada de modo criterioso.

O propósito, aqui, não é afirmar que os trabalhadores devam aceitar condições degradantes, precarizantes ou subempregos, mas que a valorização das negociações coletivas pode bem preencher esse espaço hoje ocupado pelo Estado, impondo a todos, sem distinção, um rol de condições que, independentemente das características de sua produção, condição de vida ou competitividade, devem obedecer por serem regras vestidas de uma armadura intransponível chamada cogente[252].

Em conclusão à primeira parte deste estudo, é possível e adequado afirmar que a indisponibilidade não é uma característica imanente, mas acidental dos direitos contidos na relação de emprego[253]. A restrição à autonomia da vontade presente nos contratos de trabalho, com a forte presença do Estado na vigília do uso dessa autonomia – dirigismo estatal –, justifica-se pelo alto nível de desequilíbrio existente nos polos dessa relação.

Não é novidade que a presença do Estado controlando essa autonomia da vontade do trabalhador resulta da conquista obtida ao longo do tempo e que se destina a impedir o retrocesso das condições deletérias presentes nos primórdios do Direito do Trabalho.

Reconhece-se, no entanto, pela análise dogmática, que o tempo se encarregou de criar novas condições de trabalho, novos postos de trabalho e novos e diferentes tipos de trabalhadores e, embora a legislação brasileira demore em reconhecê-los, o Direito estrangeiro já vem se debruçando sobre eles há algum tempo. Essas novidades constituem novo olhar sobre o dirigismo contratual, admitindo-se certa liberdade em determinadas condições contratuais.

---

[252] Russomano chega a considerar não ser "impossível dizer-se que em um sistema sindicalista perfeito os trabalhadores poderiam, tranquilamente, dispensar as leis e a proteção do Estado, dele pedindo, apenas, que lhes fosse assegurado o direito de negociar livremente com os empregadores" (RUSSOMANO, M. V. *Princípios de direito sindical*, 2. ed., 1995, p. 182).

[253] Em crítica à ideia de irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, Cássio Mesquita Barros Junior afirma que "o que existe no direito do trabalho não é irrenunciabilidade, mas limitação legal da renúncia no âmbito do direito individual" (BARROS JUNIOR, C. M. Arbitragem no direito do trabalho no Mercosul. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano X, n. 10, p. 77-87, 2002, p. 82).

Mesmo com sua característica morosidade, a legislação brasileira já havia reconhecido a diferença de tratamento entre determinados grupos de empregados, como se verifica com a figura dos altos empregados.

Essa espécie de empregados, cuja legislação estrangeira também os diferencia dos demais, com suas próprias regras, possui certo grau de autonomia tolerado pelo Direito.

A esses empregados é permitido pactuar reduções salariais, como se apresenta no parágrafo único do artigo 468; excluir-se da proteção no que diz respeito à jornada extraordinária, como se observa no texto do artigo 62, inciso II; e, ainda, excluem-se da vedação legal atinente à transferência de local de trabalho sem prévia anuência, como se observa do texto contido no artigo 469, todos dispositivos da CLT.

A lei reconhece nesses empregados uma autonomia que, embora não os exclua da subordinação jurídica presente em sua relação, admite certa confiança que os diferencia dos demais[254], confiança essa que os torna mais capazes, por assim dizer, de negociar suas próprias condições de trabalho.

Nesses casos, deve haver maior tolerância à presença da autonomia da vontade no tocante aos pactos da relação de emprego.

Quer-se dizer, com isso, que a disponibilidade ou não dos direitos trabalhistas – e aqui se enfatiza a crítica atinente à *disponibilidade relativa*, apregoada por relevante parte da doutrina nacional e estrangeira – não está adstrita ao *empregado* como todo e qualquer sujeito que cede sua força de trabalho na relação de emprego, mas a certos *tipos* de empregados, aqueles cuja supremacia econômica do empregador limita sua autonomia de tal maneira que o equipara ao incapaz, tornando indispensável a superproteção estatal.

Conclui-se, pois, que o olhar sobre a indisponibilidade ou não dos direitos de um empregado deve ser dirigido à *espécie* de relação jurídica trabalhista analisada – admitindo-se aqui que a relação de emprego se tornou gênero do qual defluem certas espécies, como o doméstico, o atleta profissional, a criança e os altos empregados – e não ao sujeito, independentemente da modalidade de relação em que ele se enquadre.

---

[254] BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 273.

Com isso, afirmando-se que em certas *espécies de relação jurídica trabalhista* o empregado prescinde da excessiva proteção estatal, será possível conferir segurança aos contratos. De antemão, empregado e empregador, cientes da espécie de relação jurídica que pretendem estipular pelo contrato de trabalho, podem antever quais direitos podem ou não livremente negociar, evitando a oscilante e danosa interpretação típica do regime jurídico brasileiro. A segurança jurídica, traduzida aqui como previsibilidade do Direito, é um anseio que justifica a verificação da disponibilidade de um direito pelo prisma da espécie de relação jurídica posta à análise.

Deve-se, no entanto, reafirmar aqui as conclusões obtidas anteriormente no que tange a gravar, indelevelmente, certos direitos como indisponíveis *tout court*, quais sejam, aqueles que constituem barreira à violação de direitos da personalidade, da dignidade, da vida e saúde, que foram relacionados neste estudo como sendo o núcleo de direitos indisponíveis, ou, ainda, aqueles que atingem interesses de terceiro (o INSS, o FGTS e o Estado em geral)[255].

Ao considerar-se que a disponibilidade ou não de direitos na relação de trabalho está intimamente ligada à desigualdade advinda do poder econômico exercido pelo empregador em face do empregado, não há outra constatação a fazer senão a de que, no plano das relações coletivas, essa indisponibilidade se mostra quase inexistente.

Com base na análise realizada, conclui-se que nas negociações coletivas é urgente o reconhecimento de que a expressão "salvo negociação coletiva" – como fator exclusivo de operação dos entes coletivos na negociação *in pejus* – deve ser revisitada.

O objetivo, aqui, é defender não a tese da flexibilização ou desregulamentação, mas sim o reconhecimento da interpretação coerente do texto contido no artigo 7º, inciso XVI, da CRFB, como fator de exercício pleno da democracia participativa, cujo tema já havia sido estudado na produção da dissertação de mestrado do pesquisador[256].

---

[255] Nesse particular, ressaltando lucidamente o limite da homologação judicial de acordos que violam interesses de terceiros, Alice Monteiro de Barros ensina que "não são recomendáveis as conciliações homologadas sem reconhecimento de vínculo empregatício, pois, além de prejudicar o empregado, lesam a Previdência Social e o FGTS" (BARROS, A. M. de. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. *Revista LTr*, São Paulo, v. 61, n. 10, p. 1.321-1.327, out. 1997, p. 1.326).

[256] FERNANDES, R. F. *A legitimação para as demandas coletivas no processo do trabalho*: a legitimação sindical privilegiada. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito da

Outra não é a recomendação das Convenções nºs 98 e 154 da Organização Internacional do Trabalho. Também não demonstra ser outro o comportamento adotado pela legislação dos países europeus, quando se discute a amplitude da participação dos sindicatos na construção das regulamentações do trabalho, como se verifica na temática da *concertação social*, em que os sindicatos são chamados para participar da criação das regras jurídicas sobre o trabalho.

Deve-se admitir, portanto, maior amplitude de atuação para as negociações coletivas no tocante à derrogação *in pejus*, principalmente quando se trata de aplicação de instrumentos coletivos de nível superior, admitindo-se, com base no reconhecimento dessa necessidade, a negociação de acordos coletivos que afastem, total ou parcialmente, a aplicação de acordos mais abrangentes, considerando-se as especificidades a serem analisadas pelos entes sindicais legitimados.

Não denota ser outra a orientação da própria legislação ao estabelecer, no artigo 615 da CLT, a possibilidade de revogação de um acordo ou convenção coletiva, mediante aprovação da assembleia geral convocada pelas entidades sindicais convenentes. Há, assim, a possibilidade de as entidades signatárias determinarem a revisão do texto negociado, até mesmo para revogar totalmente seu conteúdo[257].

O controle sobre os abusos praticados nesses procedimentos de derrogação deve ser feito pela autoridade judicial competente, mediante efetiva participação do Ministério do Trabalho e Emprego, já que os instrumentos coletivos, por força do disposto no artigo 614 e seguintes da CLT, devem ser submetidos a depósito para serem considerados válidos[258].

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. f. 106-115. Publicado em 9.9.2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-08092011-092713/pt-br.php>. Acesso em: 27 jun. 2013.

[257] Não se ignora aqui a prescrição do artigo 620 da CLT, que prega o princípio da norma mais benéfica na comparação entre dois instrumentos coletivos, prevalecendo o de maior abrangência (Convenção), pois o objetivo é reconhecer como válida a norma inferior (Acordo), que, tratando direta e contrariamente ao texto da norma superior (Convenção), o afasta (derroga), total ou parcialmente e por período de vigência da norma inferior.

[258] Artigo 614 da CLT: "Os Sindicatos convenentes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. § 1º As Convenções e os Acordos entrarão em vigor 3 (três) dias após a data da entrega dos mesmos no órgão referido neste artigo.".

Ao constatar abuso ou ilegalidade patente, deve a autoridade ministerial noticiar o fato ao Ministério Público do Trabalho para que faça a devida análise e, em caso justificável, promova o inquérito civil público ou até mesmo a necessária ação civil pública, na forma dos artigos 129, inciso III, da CRFB, e do artigo 83, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/1993, para declarar a nulidade da cláusula infringente dessa garantia.

Com isso, nota-se que a produção de instrumento coletivo no sistema assegura aos atores, trabalhadores e empregadores certa garantia contra a violação a preceitos indisponíveis, pois a lei conferiu a esse ato um caráter solene.

Embora a jurisprudência isoladamente já tenha reconhecido a validade de acordos e convenções coletivas sem o depósito imposto pela lei[259], não é justificável o afastamento da exigência legal de depósito dos acordos ou convenções coletivas, pois constituem normas de Estado, pertencentes à ordem pública absoluta, da qual não se pode afastar, nem em favor do trabalhador.

---

[259] "RECURSO DE REVISTA. VALIDADE DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO – TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. Não há como desconsiderar a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes que, ao estipular jornada de trabalho de oito horas para os trabalhadores submetidos ao regime de turno ininterrupto de revezamento, concluiu pelo indeferimento de horas extras e seus reflexos. 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 não conhecido. INTERVALO INTRAJORNADA. Cabe à parte interessada provocar o exame da matéria pelo Tribunal Regional, sob pena de não preencher os pressupostos firmados pela Súmula nº 297 do TST. Recurso de revista não conhecido. DEPÓSITO DO INSTRUMENTO NORMATIVO NO ÓRGÃO COMPETENTE. O prévio depósito e registro da convenção ou acordo coletivo no órgão do Ministério do Trabalho é uma formalidade que deve ser interpretada à luz da nova ótica constitucional, não tendo o condão de macular a validade do conteúdo do ajuste, senão apenas servir para dar-lhe publicidade. É que, diante da notória valorização das negociações coletivas do trabalho pela Carta Política de 1988, a interferência do Estado mediante a imposição de tal procedimento ultrapassa o limite de sua fiscalização e controle perante a entidade sindical, pelo que não deve servir de requisito essencial de validade atrelado à forma do instrumento coletivo. Conseqüentemente, a inobservância da regra celetista não deve comprometer o conteúdo da negociação coletiva, cuja validade e eficácia se restringem exclusivamente às partes interessadas que, intermediadas pelo sindicato de classe – única condicionante imposta pela Constituição de 1988 (artigo 8º, VI) –, anuíram voluntariamente com o teor de suas cláusulas no ato de subscrição do ajuste. Sendo assim, o depósito do instrumento coletivo no órgão do Ministério do Trabalho é exigível apenas para que os seus efeitos atinjam terceiros, e não para que seja reconhecida validade entre as partes. Recurso de revista não conhecido." Tribunal Superior do Trabalho, RR563420-36.1999.5.15.5555, DJ 27/10/2006, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva. (Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=43903&ano_int=1999>. Acesso em: 30 set. 2013).

Pontes de Miranda já ensinava que uma das causas de nulidade do ato jurídico "é a preterição de solenidade que a lei considere essencial à validade"[260]. Seus ensinamentos estavam pautados no então artigo 145, inciso IV, do Código Civil de 1916; contudo, o legislador contemporâneo, na edição do Novo Código Civil de 2002, manteve, agora no artigo 166, a mesma redação[261].

Por essa razão, afirma-se que os abusos praticados por eventuais acordos ou convenções coletivas serão adequadamente coibidos por meio da participação tanto do Ministério do Trabalho e Emprego, mediante o respeito à solenidade do depósito, como da participação do Ministério Público do Trabalho, que atuará na forma da lei, com medidas destinadas a anular cláusulas infringentes da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É certo que, enquanto perdurar o modelo sindical de representação vinculada à categoria, bem como ao modelo de unicidade e contribuição compulsória, o sindicalismo do Brasil tende a ser subdesenvolvido e fraco, mas não se deve justificar a limitação da aplicação das normas internacionais ou mesmo da Constituição da República apenas pelo reconhecimento dessa fragilidade. Deve-se, sim, direcionar atenção sobre a atuação sindical na perspectiva da representatividade adequada e fomentar, o quanto possível, a solução de conflitos diretamente pelos interessados, abandonando a judicialização das relações de trabalho.

Por fim, ao proceder à análise da viabilidade de reconhecer nas negociações coletivas o instrumento adequado de fixação de condições de trabalho mesmo que pela derrogação, considerando-se não apenas a vontade dos agentes, mas a própria aplicação plena da democracia e da expressão contida no artigo 7º, inciso XXVI, da CRFB, ou ainda das normas internacionais apontadas, este estudo conclui haver a necessidade de se mostrar ainda que a viabilidade desse instrumental se verifica não apenas por essas considerações, mas também pela assertiva feita por Marco Biagi de que a questão da derrogabilidade ou

---

[260] PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. IV, p. 136.

[261] O artigo 166 do Código Civil de 2002 tem a seguinte redação: "É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV – não revestir a forma prescrita em lei; V – *for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade* [...]" (sem grifo no original).

não das normas trabalhistas perdeu seu valor na medida em que a sociedade (italiana) estabeleceu uma concorrência entre fontes autônomas e heterônomas de Direito do Trabalho, tornando-se pouco proveitosa a manutenção do debate nos dias atuais[262].

O autor da reforma do mercado de trabalho italiano propõe uma nova forma de pensar o Direito do Trabalho, privilegiando as fontes autônomas de criação do Direito com base na constatação de que elas não participam do mesmo universo das fontes estatais, mas pertencem a um universo próprio e, portanto, não podem ser colocadas em confronto, como que buscando forma aceitável de regular as relações de trabalho, em um binômio "verdadeiro-falso". Essa regulação, no entanto, dar-se-ia em convívio harmônico entre esses dois universos, admitindo-se a hipótese de não aplicação da regra estatal para determinadas situações, sem com isso perder validade ou eficácia da norma em si[263].

Essa pluralidade normativa compondo um organismo único representa o desafio da dogmática moderna em acolher de modo coerente essa concorrência normativa. Sabe-se que o Estado já não consegue atender aos anseios da sociedade atual, com suas necessidades imediatas e em constante mutação. Também é de conhecimento geral que a sociedade anseia pela descentralização normativa como corolário do amadurecimento democrático de um povo, e que isso só se obtém mediante o experimento desses mecanismos, até porque a autorização constitucional para esse desenvolvimento se encontra em vigor em face da valorização da negociação coletiva e da liberdade sindical[264].

Em *Ulisses Liberto*, Jon Elster descreve com propriedade a importância dessas restrições. Não apenas no mundo jurídico, mas nas artes, na música, a restrição que é constantemente imposta ao cidadão possui a finalidade de desenvolver, na medida em que restringe[265]; assim, as restrições impostas à autonomia da vontade nas relações individuais e coletivas do trabalho cumpriu seu papel.

---

[262] BIAGI, M. *Instituzione di diritto del lavoro*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 51.

[263] MANNRICH, N. Inderrogabilidade da norma trabalhista e indisponibilidade de direitos: algumas reflexões. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano XVII, n. 17, p. 78-84, 2009b, p. 82.

[264] PEDRASSANI, J. P. *Os pilares do direito do trabalho*. São Paulo: Lex Magister, 2013. p. 212/213.

[265] ELSTER, J. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2000, passim.

Eis a justificativa filosófica da limitação ao direito de contratar imposto ao trabalhador ao longo do tempo. Com o objetivo de promover valores, a lei, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a necessidade de encurtar a liberdade, como a figura mitológica de Ulisses, que se vê obrigada a amarrar-se na embarcação, tolhendo a própria liberdade, para que com isso não fosse atraído pelo canto das sereias e, com isso, perdesse a vida. Situação similar vive o empregado que, diante da plena liberdade de contratar, pode comprometer garantias preciosas, por isso considera-se a restrição imposta a sua autonomia bastante salutar.

Superada a ameaça, a liberdade torna-se indispensável ao desenvolvimento e à retomada da reponsabilidade inerente a todo cidadão. Com taxas de desemprego que beiram o pleno emprego desejado pelo texto constitucional (artigo 170, VIII[266]), pela estrutura do Poder Judiciário, do Ministério do Trabalho e Emprego e do Ministério Público do Trabalho e pela liberdade sindical já amadurecida pelas décadas do texto constitucional, prontas para sufocar qualquer violação de direitos indisponíveis, a manutenção das amarras sobre a autonomia da vontade compromete o próprio exercício do direito fundamental da liberdade previsto no artigo 5º, *caput*, da CRFB, com a consequente ameaça à estabilidade do sistema e à sua segurança jurídica.

[266] Constituição da República, art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII – busca do pleno emprego; [...]".

Capítulo 3

AS ESPÉCIES DE RELAÇÃO DE EMPREGO E A MODULAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

3.1 A Importância da Distinção

Até aqui, o que se tem afirmado a respeito da supremacia do dirigismo contratual em detrimento do avanço da autonomia da vontade do trabalhador nas relações de emprego é resultado do reconhecimento de, basicamente, dois fatores inquestionáveis. O primeiro diz respeito ao fator histórico, que remete o estudioso do Direito do Trabalho ao momento em que, em face da opressão e da violação dos padrões mínimos de dignidade, o Estado passou a regular de maneira incisiva e restritiva as relações de trabalho. O segundo, que impõe o reconhecimento da necessidade dessa restrição, relaciona-se à evidente superioridade econômica do empregador que, senhor do destino de seus empregados, explora, muitas vezes de forma ilegítima, a relação com eles.

É contra essas violações a direitos fundamentais, a princípios mínimos de dignidade e com o fito no desenvolvimento social, que o Direito do Trabalho constitui-se de regras cuja capacidade dispositiva encontra-se momentânea e circunstancialmente mitigada ou até mesmo suspensa. Eis as razões da presença maciça de regulações estatais de observância obrigatória.

O estudo das razões da superproteção do trabalhador nas relações de emprego já foi realizado no primeiro capítulo, deve-se agora analisar se essa proteção desigual a uma das partes do contrato de trabalho mostra-se uniforme em todas as espécies de relação de emprego.

A identificação dessas espécies é essencial às conclusões que o estudo se propõe realizar no que tange a considerar válida a proposta de modulação da disposição dos

direitos oriundos da relação de emprego, já que, como será observado, não demonstra ser adequado considerar todas as formas de trabalho subordinado com base na mesma perspectiva restritiva.

Partir-se-á de duas premissas: a primeira, que as relações de emprego evoluem com o tempo e se mostram bastante diversificadas contemporaneamente e, a segunda, que a legislação nacional não acompanhou essas mudanças, tratando, em muitos casos, da mesma forma situações bem distintas, causando desconforto e irritação sistêmica.

O Professor Nelson Mannrich propôs e fez cumprir, a partir de 2008, a adoção de um projeto que permitia o contato dos alunos de pós-graduação *stricto sensu*, do curso de Direito da Universidade de São Paulo, com as mudanças legislativas do Direito do Trabalho na Itália, Espanha, Portugal e França, mediante o intercâmbio entre as principais universidades de cada um dos países citados. Como parte das atividades foram trazidos ao Brasil renomados professores para ministrar aulas em cada um dos créditos exigidos no programa de pós-graduação, inclusive com intercâmbio dos alunos brasileiros com a Itália, Portugal e Espanha, possibilitando a compreensão, com bastante clareza, da diferença evolutiva da legislação brasileira em comparação com as desses países[267].

Para cumprir objetivo específico de criar condição para o desenvolvimento de *mais e melhores empregos*, resultado da insuperável crise econômica, a legislação dos países europeus, precursores, diga-se, da legislação protetiva e do reconhecimento da necessidade do dirigismo estatal nos contratos de trabalho, recebeu diversas modificações que foram, cada um ao seu tempo, repetindo-se entre esses países de maneira a criar cenário jurídico trabalhista mais ou menos semelhante. As mudanças legislativas circunscritas ao Direito do Trabalho são, em sua maioria, provenientes de Diretivas ou Recomendações da União Europeia, de respeito obrigatório – ao menos as diretivas – entre os países da Comunidade.

Traço característico dessas mudanças é o reconhecimento da modernização das relações de trabalho e da diversidade contratual que impera nos dias atuais. Na Itália, os contratos de *appalto*, *distacco*, *apprendistato*, *somministrazine*, *lavoro interinale*, além do

[267] A experiência vivenciada pelos alunos e o objetivo desse audacioso projeto capitaneado pelo Professor Nelson Mannrich constam da Apresentação e Introdução do livro *A reforma do mercado de trabalho*: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010. p. 9-35.

famoso contrato do trabalhador parassubordinado, resultado dessas diversas reformas, mostram bem a intensa produção legislativa destinada a viabilizar as alternativas ao tradicional modelo de regulação das relações de trabalho.

Claro que as regras legais produzidas têm como objetivo imediato a regulação dos contratos de baixa proteção, desenvolvendo-se, por consequência, o que a doutrina tem denominado "flexisseguridade".

Contudo, manter a estrutura jurídica idêntica à da década de 1940, com a Consolidação das Leis Trabalhistas retratando um país basicamente agrícola e de uma indústria ainda incipiente em nada contribui para o desenvolvimento de condições aptas à evolução das relações de trabalho.

Dizer, no entanto, que o Brasil não experimenta uma mudança em sua estrutura de regulação das relações de trabalho não é uma verdade incontestável. É possível registrar a ocorrência, de modo isolado, de mudanças não orquestradas ou organizadas, que apontam para uma realidade que deve ser percebida pelo estudioso do Direito do Trabalho.

A Constituição da República, mediante os incisos VI[268], XI[269], XIII[270], XIV[271] e XXIX[272] do artigo 7º, bem como o artigo 8º, *caput*[273], e o artigo 10, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[274], apontam para uma orientação menos

---

[268] "VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo".

[269] "XI – participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

[270] "XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho".

[271] "XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva".

[272] "XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho".

[273] "Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte [...]".

[274] "Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966."

rígida das relações de emprego, na medida em que permitiu, com os referidos incisos do artigo 7º, a adequação de direitos a outra fonte, qual seja, a fonte autônoma coletiva, permitindo, no mais amplo conceito de ordem pública social, a participação dos sindicatos na construção, ainda que limitada, dos contornos jurídicos na esfera de suas representações.

O artigo 8º da CLT conferiu ampla liberdade aos sindicatos no que toca a sua formação e atuação, sempre na perspectiva de cumprir os preceitos contidos em seus estatutos[275]. Nesse sentido, mostra-se adequada a compreensão de que o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas, em conjunto com o princípio da liberdade sindical, compõe uma orientação constitucional de direitos fundamentais que não pode ser desprezada na análise da concorrência de fontes de Direito.

Já com o disposto no artigo 10 do ADCT, a Constituição da República reconhece a incapacidade ou inadequação, de imediato, da adoção do ideal de manutenção e continuidade do vínculo empregatício mediante lei e passa a admitir uma forma de compensação, obrigando o empregador a pagar uma indenização, em valor determinado.

Essas regras constitucionais estão em conformidade com o que determinam os textos constitucionais dos artigos 1º, inciso IV, e 170, propondo equilíbrio entre trabalho humano e economia de mercado.

A Lei nº 11.101/2005, que regula os processos de recuperação judicial e falência no Brasil, seguindo essa tendência de equilíbrio, permaneceu reconhecendo o privilégio do crédito trabalhista nos processos sujeitos a essa lei, limitando, contudo, no inciso I, a 150 salários mínimos. Os créditos superiores a esse patamar deixam, portanto, de ser considerados privilegiados e passam a integrar a relação dos quirografários. Da mesma forma, o artigo 60 da lei em comento, com o claro propósito de privilegiar a manutenção da empresa como corolário dos dispositivos constitucionais já mencionados, garante, na alienação de bens no processo de recuperação judicial, a liberação de qualquer ônus dos referidos bens ao comprador arrematante.

---

[275] Vale lembrar, como fez Süssekind, que a liberdade garantida pelo texto constitucional não pode se confundir com *soberania*. Os sindicatos se submetem, portanto, aos preceitos e limites impostos pela lei, em uma ideia de promoção da democracia mediante assunção de responsabilidades (SÜSSEKIND, A. L. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: 1999. p. 361).

É, pois, indispensável reconhecer em que medida a marca da (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas segue seus titulares nas mais diversas espécies de relação de emprego conhecidas, para então, admitindo-se essa diversidade de tratamentos, apontar, com algum critério metodológico, em quais delas a proteção deva ser mais ou menos intensificada.

3.2 Relação Típica de Emprego: Subordinação em Evidência

Cabe aqui uma primeira explicação. Ao se fazer referência à expressão "relação típica de emprego", não se tem o propósito de distingui-la das relações atípicas no tocante à existência ou não de previsão legal para elas, como bem ensina Amauri Mascaro Nascimento quando trata do tema[276]. A expressão é empregada tão somente como sinônimo de peculiar, próprio ou usual, ou seja, objetiva-se, com ela, evidenciar a diferença entre as relações próprias e imanentes ao clássico Direito do Trabalho e aquelas cujo tecido jurídico não foi construído para acomodar essas relações, mas o contempla em razão da imperatividade das normas.

Há contratos de trabalho em que a subordinação – como sinônimo de dependência de que trata a lei brasileira em reverência à italiana (*dipendente*) – constitui marca destacada da relação, tão evidente que coloca o empregado em condição de extrema submissão a ponto de considerar a relação de emprego analisada como a relação entre o cidadão e a soberania estatal[277].

Há relações em que o critério de subordinação consegue, com certa facilidade, abarcar todas as várias teorias que procuraram adjetivá-la – técnica, econômica, social e jurídica. A essas relações o Direito dispensou grande proteção.

---

[276] NASCIMENTO, A. M. *Direito contemporâneo do trabalho*, p. 352/353.

[277] MORAES FILHO, E. de; FLORES DE MORAES, A. C. *Introdução ao direito do trabalho*, 7. ed., p. 255.

O Direito do Trabalho estendeu, em certo momento, o quanto possível, sua regulação a outras espécies de trabalhadores, sempre na perspectiva de reconhecimento da subordinação como caráter marcante dessas relações.

O trabalhador avulso foi recepcionado pelo texto constitucional como detentor das mesmas vantagens dos empregados urbanos (art. 7º, XXXIV). Da mesma forma, em 1973 o legislador conferiu igual proteção aos trabalhadores rurais não empregados, ao assegurar, no artigo 17, a extensão das regras daquele diploma não apenas aos empregados rurais, mas também a esses trabalhadores.

Na mesma medida em que se evolui na direção de estender o manto protetor do Direito do Trabalho ao maior número possível de destinatários, as relações de trabalho se tornam cada vez mais complexas, e a marca da subordinação também evolui no que tange a tornar-se mais difícil de ser percebida, ao menos com a intensidade em que se verificava nas relações do surgimento da Consolidação.

A definição de subordinação jurídica de Paul Colin, trazida a lume por Evaristo de Moraes Filho, é de clareza solar e mostra com exatidão a relação entre o poder do empregador e a fragilidade do empregado, na medida em que define subordinação jurídica como

> "[...] um estado de dependência real criado por um direito, o direito de o empregador comandar, dar ordens, donde nasce a obrigação correspondente para o empregado de se submeter a essas ordens. [...] Direção e fiscalização, tais são então os dois polos da subordinação jurídica"[278].

Veja-se que a definição cunhada ainda no início do século XX aponta para um critério que identifica a subordinação a um conceito ligado à capacidade do empregador de fiscalizar e dirigir a prestação pessoal dos serviços, justamente nos moldes do artigo 2º da CLT que, alinhando-se com essa definição, dá uma pista do objetivo final da proteção legislativa.

Nos dias atuais, é indiscutível a presença de relações de trabalho cuja subordinação encontra-se mitigada, ou até escondida entre várias outras espécies de obrigação que

[278] MORAES FILHO, E. de; FLORES DE MORAES, A. C. *Introdução ao direito do trabalho*, 7. ed., p. 255.

permeiam o contrato de trabalho. As modernas formas de produção, a alta qualificação dos empregados, os sistemas de remuneração baseados em resultado, vêm dividindo o próprio risco da atividade econômica, em certa medida, com algumas espécies de empregados.

Saber se um empregado ocupa uma função típica da relação de trabalho prevista pela Consolidação das Leis do Trabalho é tarefa das mais difíceis e que é entregue aos juízes sem muitas alternativas legais.

A questão também tem sido enfrentada pelos sistemas europeus. Na Itália, a Corte de Cassação tem reiteradamente decidido que a melhor solução para verificar se determinado trabalhador encontra-se no rol dos típicos empregados ou faz parte de outras figuras atípicas, como os *dirigentes, quadros*, ou mesmo autônomos, é identificar a presença dos critérios subsidiários ou complementares[279]. Os italianos reconheceram que a subordinação em si, em muitos casos, não é suficiente para esclarecer a relação havida e, para aplicar a melhor técnica, valem-se desses critérios subsidiários.

No Direito português, a doutrina reconhece a transformação ocorrida nas relações de trabalho após a década de 1960. O trabalhador típico dá lugar a um novo trabalhador, mais dinâmico e capacitado, com contratos mais flexíveis e por prazo determinado.

No Brasil, Luiz Carlos Amorim Robortella, atento às mudanças de comportamento das corporações, identificou que "a empresa moderna depende de mão-de-obra qualificada

[279] Colaciona-se, a seguir, decisão da Corte de Cassação italiana: "Requisiti determinanti ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato sono ravvisabili nell'assoggettamento del lavoratore al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro – potere che deve estrinsecarsi in specifici ordini (e non in semplici direttive, compatibili anche con il lavoro autonomo) – oltre che nell'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo sull'esecuzione dell'attività lavorativa e nello stabile inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale del datore di lavoro; il rischio economico dell'attività lavorativa e la forma di retribuzione hanno, invece, carattere sussidiario (e sono utilizzabili specialmente quando nel caso concreto non emergano elementi univoci a favore dell'una o dell'altra soluzione), fermo restando che l'accertamento sull'esistenza o meno del vincolo di subordinazione è insindacabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi logici e giuridici." (Cassazione Civile, sez. lav., 11 settembre 2000, n. 11936/2000. Disponível em: <http://www.studiolegaleferrari.it/master/1LavoroSubordinato.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2013).

e especializada". Essa especialização transformou o trabalhador de mero cumpridor de ordens a verdadeiro parceiro do empreendedor, contratado para "exercer o poder"[280].

Essa nova figura furta-se à fixação padronizada das condições de trabalho, tanto pela via legal como pela via negocial. Suas necessidades e dinamismo impõem novo regime de proteção e regulação. O surgimento desses trabalhadores atípicos rompe com os dogmas do Direito do Trabalho, quais sejam, o tratamento legal uniforme e o reconhecimento da incapacidade genética desses trabalhadores[281].

A questão que se mostra na atualidade se assemelha à conhecida proposta de solução dos chamados *hard cases*, em que a estrutura legal em vigor não consegue dar resposta adequada ao caso proposto, obrigando o julgador a se posicionar no limite entre a discricionariedade proposta por Herbert Hart[282] e outra técnica capaz de solucionar o desconforto sistêmico.

É importante lembrar que a técnica de solução dos casos difíceis pela discricionariedade proposta por Herbert Hart é duramente criticada pela doutrina de Ronald Dworkin, pois esta reconhece a violação inafastável do equilíbrio do sistema na proposta hartiana[283].

---

[280] ROBORTELLA, L. C. A. Direito de empresa e direito do trabalho, *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXIII, n. 70, jul. 2003, p. 55.

[281] RAMALHO, M. R. P. *Direito do trabalho*: dogmática geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. I, p. 61/62.

[282] Hart afirma que "a textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflituantes que variam em peso, de caso para caso. [...] Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de foram centralizada na elaboração de padrões variáveis." (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. p. 148/149).

[283] Pelo menos duas teses motivam Dworkin a criticar a proposta de Hart. "De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato." (DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 132).

Essa malha mais estreita de proteção destinada aos empregados típicos também tem relação com o empregador típico. É que a legislação trabalhista, de modo geral ainda influente nos dias atuais, foi moldada sob a égide do desenvolvimento industrial do pós-Guerra (principalmente da Segunda Guerra Mundial). Institutos como o *jus variandi*, a estruturação de cargos e planos de carreira, o despedimento coletivo e os regulamentos de empresa são institutos próprios dos grandes empreendimentos lastreados nos modelos fordista e taylorista, em que as empresas tinham como objetivo a centralização de todas as fases do processo produtivo[284].

Sabe-se que esses modelos já cederam espaço a outros mais dinâmicos e modernos, obrigando as empresas a se adaptarem a essa nova realidade que lhes impôs o ônus de descentralizar a produção e manter o foco no objeto principal de cada empreendimento, originando-se, assim, as inúmeras "empresas satélites" fornecedoras dos produtos que deixaram de ser fabricados pelas empresas principais.

Formas de controle a distância, remuneração variável de acordo com resultados, estrutura menos hierarquizada, trabalho realizado nem sempre nas dependências da empregadora, flexibilização do tempo de trabalho, contribuem para o reconhecimento do déficit normativo em relação à realidade do trabalho[285].

Além dessas inexoráveis constatações, é necessário observar que as empresas são tão diferentes quanto as relações de emprego existentes. Sabe-se que a Constituição da República é incisiva em determinar tratamento jurídico privilegiado às micros e pequenas empresas, o que impõe ao legislador, ao intérprete e ao aplicador do Direito uma visão diferente sobre as relações a elas submetidas.

Exemplos desses mandamentos se encontram na leitura dos artigos 170 e 179 da CRFB[286].

---

[284] RAMALHO, M. R. P. *Direito do trabalho*: dogmática geral, v. I, p. 62/63.

[285] Ibidem, p. 66.

[286] "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País."

Enfim, pelas razões apontadas, é indispensável reconhecer ao menos dois fatos. Em primeiro lugar, tem-se a mudança do perfil do trabalhador contemporâneo, que já não se enquadra exclusivamente na figura do empregado típico cuja subordinação é o fator determinante de sua relação, pois, além dele, existe uma miríade de relações de emprego, diluídas nas mais diversas tramas sociais que não podem manter-se adequadamente protegidas pelo mesmo complexo jurídico de um período no qual as relações se mostravam muito menos complexas e heterogêneas. Em segundo lugar, como corolário desse reconhecimento, deve-se admitir que a utilização dos mesmos dogmas e princípios para a solução de problemas tão distintos é tão injusto e inadequado como não lhes conferir solução alguma.

Atento a essas questões, este estudo proporá análise especializada de certas relações na perspectiva de identificar a adequada modulação protetiva estatal que possibilite adaptar a aplicação da indisponibilidade ou não dos preceitos trabalhistas da ótica de adequação ao contexto vivido.

3.3 Relações de Emprego Excepcionadas pela Lei: Mitigação da Proteção Estatal

3.3.1 Trabalhadores Domésticos

"Empregado doméstico é modalidade especial da figura jurídica genérica de emprego"[287]. Nota-se, de início, que a doutrina não hesita em reconhecer a especialidade dessa modalidade de relação de emprego.

"Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei."

[287] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed., p. 364.

Sabe-se que a Consolidação não os ampara em sua malha de proteção ao prever no artigo 7º, alínea "a", essa condição excludente.

Recentemente, questionamentos sobre o aparente tratamento discriminatório dispensado aos domésticos resultaram na publicação da Emenda Constitucional nº 72/2013, que, ao modificar o parágrafo único do artigo 7º da CRFB, tratou de estender mais alguns direitos a esses empregados, em adição aos já previstos até então[288].

Não interessa tanto, ao menos para os fins deste estudo, o acréscimo ou retirada dos direitos previstos no mencionado parágrafo, mas, ao contrário, tem relevância a investigação da justificativa pela qual o legislador insiste em tratar de forma diversa tanto os empregados domésticos como os demais empregados apontados adiante, na perspectiva de identificar a existência de tratamento desigual no tocante à proteção estatal dedicada a eles, respondendo, então, à questão sobre a adequada modulação da autonomia da vontade dos empregados nas relações de trabalho.

No que toca aos empregados domésticos, a lei define seu ambiente de trabalho como sendo o *familiar*. O artigo 1º da Lei nº 5859/1972 reconhece como doméstico todo trabalhador que "presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial desta".

A finalidade não lucrativa não é a qualidade isoladamente determinante dessa espécie de relação de emprego, pois o artigo 2º, § 1º, da CLT também equipara à figura do empregador – como predominantemente a empresa que explora a atividade econômica – as instituições de beneficência, as associações recreativas e demais instituições sem fins lucrativos.

Outro requisito, em adição a esse, explica mais com mais clareza a *ratio* embutida nesse tratamento diferenciado. Trata-se do ambiente familiar, extraído dos termos *pessoa* ou *família* aos quais se refere a lei.

---

[288] O citado parágrafo único previa, antes da Emenda Constitucional, os direitos constantes dos seguintes incisos do artigo 7º: IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social. Agora, com a nova redação, foram estendidos, além desses, os incisos VII, X, XIII, XVI, XXII, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII.

O empregado doméstico é, assim, aquele que se insere no *âmbito familiar*[289]. Constitui-se, portanto, de uma relação jurídica composta de elementos fáticos jurídicos especiais[290]. E essa especialidade é que diferencia o seu tratamento em relação aos demais empregados.

Nota-se que a condição do empregador é que motiva o tratamento diferenciado ao empregado doméstico.

Não surpreende referida conclusão, pois se trata, na verdade, de comportamento legislativo bastante conhecido do Direito do Trabalho. Além das relações individuais de trabalho, o sistema normativo das relações coletivas de trabalho também se mostra simpático a essa forma de proceder; isso porque o enquadramento sindical no rígido e ultrapassado modelo brasileiro pressupõe a identificação do sindicato profissional representativo de certa categoria, em razão da atividade empresarial predominante.

O artigo 511 e respectivos parágrafos, da CLT, traduzem essa orientação. O sindicato representativo dos empregados em determinada empresa é, assim, o que congrega os interesses de trabalhadores ligados à atividade preponderante do empregador.

Ressalte-se que apenas os empregados que congregam profissão específica podem ser organizados de forma *horizontal*, ou seja, de forma a representar tão somente os interesses daqueles ocupantes de certas funções. Os demais serão sempre representados de forma *vertical*, ou seja, o sindicato que os representa será indistintamente responsável pela defesa dos interesses de todos, independentemente da profissão ou ocupação de seus representados e esse sindicato será aquele que estiver em sintonia com a atividade preponderante do empregador[291].

Essa relevante constatação mostra a opção legislativa de direcionar ao empregador a responsabilidade por certas classificações nas relações de trabalho brasileiras.

---

[289] GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*, 16. ed., p. 85.

[290] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 370.

[291] ROMITA, A. S. O conceito de categoria. In: FRANCO FILHO, G. de S. (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho*: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998. p. 189.

Estudou-se até aqui que a proteção estatal ao empregado, impedindo-o sobretudo de dispor livremente de direitos que lhe são assegurados em lei ou convenção coletiva, vale-se da afirmação de que a pujança econômica do empregador subjuga o empregado, comprometendo a sua própria liberdade de escolha.

Mas na relação de emprego doméstico essa supremacia econômica não se verifica. Em verdade, com a abertura do mercado de trabalho para a mulher, muitas famílias se utilizam do trabalho doméstico como única forma de manter o lar organizado, com a necessária arrumação, o cuidado dos filhos, o desenvolvimento das atividades necessárias, como manutenção predial, limpeza, entre outras indispensáveis ao dia a dia. Com isso, o trabalho doméstico para a imensa maioria das famílias brasileiras deixou de ser luxo ou conforto para assumir a condição de item de necessidade.

A referida condição de trabalho indispensável à família em detrimento da exploração econômica do trabalho alheio, como ocorre nas empresas em geral, resultou em perda de proteção aos domésticos.

Essa perda se traduz, *v.g.*, na não aplicação das regras da Consolidação, da exclusão do regime do FGTS, que só passou a ser facultativamente recolhido pelo empregador a partir de 2001, com a Lei nº 10.2008 – e em 2013, pela modificação constitucional implementada pela Emenda nº 72/2013, que ainda depende de regulamentação – e, até muito recentemente, da exclusão da própria garantia do limite máximo de horas de trabalho diário e semanal. Além da indesculpável exclusão da garantia de emprego em razão da gravidez, corrigido apenas em 2006, com a Lei nº 11.324.

É de se destacar a relevância dessa constatação. A primeira norma de caráter protetivo no tocante ao limite máximo de jornada de trabalho de um empregado é de 1847, quando, na Inglaterra, fixou-se em 10 horas a jornada máxima de trabalho, seguida pela França (1848), Áustria (1885) e Rússia (1887). Nos Estados Unidos da América do Norte, estabeleceu-se, em 1868, a jornada diária máxima de 8 horas no serviço público federal e, já em 1919, a Convenção da Organização Internacional do Trabalho, fundada nesse ano,

incumbiu à primeira Convenção o mérito de fixar, em nível internacional, o limite de trabalho diário em 8 horas. Essa foi a primeira relevante temática da "questão social"[292].

Mesmo diante da natureza humanística das previsões legais citadas e do apelo internacional pela regulação de um limite diário de horas de trabalho, os trabalhadores domésticos ficaram, até o ano de 2013, sem prescrição legal alguma que lhes garantisse o direito do limite de trabalho diário e semanal. Esse limite foi instituído somente com a Emenda Constitucional nº 72/2013.

A razão para todo esse tratamento diferenciado reside no outro lado da relação empregatícia: o empregador doméstico, o qual não se qualifica como empresário e não explora economicamente a atividade do trabalhador doméstico, tanto é que se assim não proceder, ou seja, caso passe do ambiente familiar para o ambiente empresarial, ainda que o empregado realize as mesmas atividades, será considerado empregado típico e seu rol de garantias e proteções passará para o patamar normativo mais elevado[293].

É o empregador quem atrai o vínculo para o sistema de proteção menos favorecido. Não apenas o trabalhador doméstico típico, mas outros profissionais como, *v.g.*, motoristas, enfermeiras e jardineiros, que, independentemente da profissão, vinculem suas atividades ao ambiente familiar e, caso reúnam os demais requisitos da Lei nº 5859/1972, serão considerados domésticos. Eis o motivo pelo qual se afirma que há relações jurídicas de emprego em que o empregador é a figura determinante da espécie do vínculo e, por isso, seus empregados serão enquadrados com menos ou mais proteção, a depender desse empregador.

---

[292] JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. *Direito do trabalho*, p. 641. Também SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 2, p. 785/786.

[293] Assim se tem posicionado a jurisprudência:
(1) "Considera-se trabalhador doméstico aquele que executa labor dentro do seio familiar, exclusivamente, sem desenvolver tarefas que impliquem geração de lucro para seus patrões. Verificando-se que o labor ocorre simultaneamente na esfera residencial e em âmbito comercial – restaurante –, descaracteriza-se a relação laboral doméstica e reconhece-se verdadeira vinculação empregatícia sob o pálio da CLT. Recurso parcialmente provido. PROC RO 01248.2003. 008.13.00-9 – 13ª REGIÃO – PB – Edvaldo de Andrade – Juiz Relator. DJ/PB de 25/08/2004 – (DT – Abril/2006 – vol. 141, p. 242).
(2) "Quando o trabalhador presta serviços domésticos e não domésticos ao empregador, deve prevalecer o regime jurídico que maior proteção proporcionar ao trabalhador, no caso, o da Consolidação das Leis do Trabalho" (TRT-8ª Região, RO 243/86. 05/05/1986, Relator Juiz Rider N. Brito).

Em razão do exposto, não seria correto afirmar com segurança que o Direito do Trabalho é orientado indistintamente pelo princípio de proteção e igualdade. Apenas em casos específicos essa afirmação se apresenta, mas, nos dias atuais, com a miríade de relações de emprego em vigor, faz-se necessário reconhecer uma classificação específica de relações.

Esse fenômeno não acontece apenas com o empregado doméstico; outros empregados sofrem, também, tratamento normativo diferenciado em razão do empregador ao qual estão ligados.

3.3.2 Atletas Profissionais

Figura das mais esquecidas nos currículos das disciplinas de Direito do Trabalho nas faculdades de Direito do País é a do atleta profissional.

Por uma questão de limitação temática, tratar-se-á neste espaço apenas do jogador de futebol. Já que o tema é tão ignorado pela academia, não faria sentido dedicar grande parte do estudo a figuras menos afetas à pobre cultura desportiva brasileira.

De início, destaca-se a discriminação feita pela jurisprudência nacional acerca dos atletas profissionais e amadores.

A jurisprudência brasileira, lembra Alice Monteiro de Barros, considera, para efeitos de aplicação do Direito do Trabalho, apenas o atleta profissional, ignorando a possibilidade de existência de vínculo de emprego aos não profissionais. A autora menciona decisão do Tribunal Regional do Trabalho, da 6ª Região, que, em acórdão da 2ª Turma, decidiu ser "impossível o reconhecimento de vínculo empregatício, porque não amparado pela Lei nº 6.354/1976 (Relatora Juíza Josélia Costa)[294].

[294] Processo RO-4404/1996, julgado em 07/08/1996 (BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 307).

A nova Lei nº 9.615/1998, também conhecida como Lei Pelé, em nada mudou a orientação normativa sobre a figura do atleta amador. Mesmo assim, há posições jurisprudenciais em sentido contrário, isto é, reconhecendo a relação empregatícia do atleta amador com a instituição com a qual mantém relação desportiva.

É o caso do processo nº 744/2005-020-04-00.0, no qual o TST exarou decisão favorável ao reconhecimento do vínculo de emprego entre o atleta amador de Futsal e o clube de futebol Grêmio Foot-ball Porto Alegrense.

No caso analisado, o TST reconheceu que, muito embora a lei preveja a hipótese de trabalho do atleta amador, sem vínculo de emprego, essa regulação não excluiria a figura do atleta amador empregado, desde que presentes os requisitos do artigo 3º da CLT[295].

O TST entende, portanto, ser possível a coexistência de dois tipos de trabalhadores no setor de desporto: um, com vínculo de emprego e outro, sem, o que se mostra prejudicial ao ideal de previsibilidade do Direito.

São várias as diferenças de tratamento entre atleta empregado – profissional ou amador – e empregado típico, com alta proteção normativa.

O artigo 2º da Lei nº 9.615/1998 estabelece rol de princípios que norteia a prática esportiva regulada por ela e prevê, entre outros, que as relações regidas pela Lei Pelé são específicas, donde dessume-se ser ela a lei a regular essas relações de trabalho, deixando à Consolidação apenas utilização subsidiária[296].

De início, a cláusula indenizatória desportiva chama a atenção pela inexistência de modelo similar nos contratos de trabalho regidos pela Consolidação.

Trata-se de hipótese de punição pela extinção antecipada dos contratos de trabalho dos atletas profissionais, cuja previsão em contrato é obrigatória e pode ser devida tanto ao atleta prejudicado quanto para a entidade desportiva, a teor do que dispõe o artigo 28 da

---

[295] Acórdão da 3ª Turma, nº RR-744/2005-020-04-00.0, publicado em 21/09/2007, Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi.

[296] "Art. 2º. O desporto, como direito individual, tem como base os princípios: [...] VI – da diferenciação, consubstanciado no tratamento específico dado ao desporto profissional e não-profissional; [...]"

Lei nº 9.615/1998[297]. É verdade que a reciprocidade da punição pelo rompimento do contrato de trabalho só restou claramente descrito após as modificações implantadas na Lei em comento pela Lei nº 12.395/2011.

Outro ponto de destaque sobre cláusula indenizatória desportiva é que a liberdade do atleta profissional é bastante comprometida em razão do disposto no artigo 28, § 5º, da Lei nº 9.615/1998.

O referido parágrafo determina que o contrato de trabalho do atleta profissional só pode ser dissolvido nas hipóteses nele constantes; assim, para que um atleta profissional possa exercer sua atividade em outro clube ou agremiação, deverá depositar, previamente, o valor da cláusula indenizatória desportiva, sob pena de não poder exercer a profissão até essa regularização.

Em recente decisão, o Tribunal Superior do Trabalho, em *habeas corpus* impetrado pelo jogador de futebol Oscar, viu-se livre do cumprimento do contrato com o São Paulo Futebol Clube e do pagamento da indenização para continuar exercendo a profissão no Sport Club Internacional. Na decisão, o Ministro Guilherme Caputo Bastos destacou que a interpretação até então dominante do preceito legal contido no artigo 28, § 5º, da Lei nº 9.615/1998, mostra-se incompatível com a liberdade de trabalho prevista na Constituição da República e se assemelha ao período de escravidão.

Com essa decisão, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se pela validade do desligamento do atleta profissional independentemente do depósito da indenização referida na Lei nº 9.615/1998, passando ele, contudo, a ser considerado devedor do clube original, assim como seu novo clube empregador[298].

---

[297] "Art. 28. A atividade do atleta profissional é caracterizada por remuneração pactuada em contrato especial de trabalho desportivo, firmado com entidade de prática desportiva, no qual deverá constar, obrigatoriamente: I – cláusula indenizatória desportiva, **devida exclusivamente à entidade de prática desportiva** à qual está vinculado o atleta, nas seguintes hipóteses [...] II – cláusula compensatória desportiva, **devida pela entidade de prática desportiva ao atleta**, nas hipóteses dos incisos III a V do § 5º" (sem grifo no original).

[298] Destaca-se da decisão o seguinte trecho: "Noto, nesse ponto, que o próprio caput do artigo 28 da Lei nº 9.615/1998, ao prever a pactuação de cláusula penal para hipóteses de rescisão unilateral do contrato de trabalho, autoriza ao atleta profissional se desligar da entidade desportiva a que vinculado mediante a contraprestação pecuniária previamente acordada. Acrescento que a cláusula penal é uma compensação pecuniária pela rescisão unilateral do contrato e não uma condição essencial para tanto, sob pena de

Independentemente da repercussão que esse precedente terá no meio do Direito desportivo, é notória a discrepância no tratamento dispensado aos empregados típicos em relação aos empregados atletas.

Não é apenas no tema da cláusula indenizatória que se destaca o tratamento menos protetivo do trabalhador atleta. Outro direito fundamental lhe é considerado de forma menos favorável. Trata-se, como no caso dos trabalhadores domésticos, do limite diário de horas de trabalho.

O inciso VI, do § 4º do artigo 28 da Lei nº 9.615/1998, disciplina que o limite de trabalho semanal para os atletas é de 44 horas, silenciando sobre o limite diário: "jornada de trabalho desportiva normal de 44 (quarenta e quatro) horas semanais".

Em uma leitura sistemática com o texto constitucional do artigo 7º, inciso XIII, poder-se-ia afirmar que, embora não tenha disciplinado sobre o limite diário, a Lei nº 9615/1998 padeceria de inconstitucionalidade se interpretada no sentido de tornar ilimitado o período de trabalho diário.

A disposição contida no inciso I, do referido parágrafo e artigo, põe em discussão a validade dessa afirmação:

> "Art. 28 [...]
>
> § 4º [...]
>
> I – se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede."

A Lei nº 6.354/1976 – antecessora à Lei Pelé (Lei nº 9.615/1998), e que ainda permanece em parcial vigor por força das disposições finais desta última Lei – trata especialmente do assunto, dispondo da seguinte forma:

---

inviabilizar o distrato nos casos em que fixada em valores elevados, tolhendo do empregado de suas liberdades fundamentais enquanto vigente o contrato de trabalho. Logo, rescindido unilateralmente pelo atleta profissional o contrato de trabalho, surge, para ele, a obrigação de pagar a respectiva cláusula penal, somente. O inadimplemento desta obrigação de pagar, por sua vez, não autoriza à entidade desportiva prejudicada cobrar do devedor a prestação pessoal de serviços." (SDI-II, HC – 3981-95.2012.5.00.0000, publ. em 27/04/2012).

> "Art. 7º O atleta será obrigado a concentrar-se, se convier ao empregador, por prazo não superior a 3 (três) dias por semana, desde que esteja programada qualquer competição amistosa ou oficial e ficar à disposição do empregador quando da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede.
>
> Parágrafo único. Excepcionalmente, o prazo de concentração poderá ser ampliado quando o atleta estiver à disposição de Federação ou Confederação."

No mesmo sentido, o artigo 28 da Lei nº 9.615/1998, ao disciplinar complementarmente sobre a concentração, assim dispôs:

> "§ 4º Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes: (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).
>
> I – se conveniente à entidade de prática desportiva, a concentração não poderá ser superior a 3 (três) dias consecutivos por semana, desde que esteja programada qualquer partida, prova ou equivalente, amistosa ou oficial, devendo o atleta ficar à disposição do empregador por ocasião da realização de competição fora da localidade onde tenha sua sede; (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).
>
> II – o prazo de concentração poderá ser ampliado, independentemente de qualquer pagamento adicional, quando o atleta estiver à disposição da entidade de administração do desporto."

Assim, pode-se conceituar concentração como o período em que o empregado fica em local determinado pelo seu empregador, limitado em sua liberdade e com a finalidade de controle, pelo empregador, da disciplina física, mental e alimentar de seus empregados, a fim de alcançar o melhor desempenho nas competições[299].

O período de concentração autoriza o empregador a exigir do empregado a permanência a sua disposição durante 3 dias, sem remuneração adicional alguma, mantendo-se em alojamento ou hospedagem pelo empregador definida, alimentando-se na

[299] Domingos Sávio Zainaghi afirma que "o artigo 7º, da Lei nº 6354/76, traz uma peculiaridade do contrato de trabalho do jogador de futebol, que é chamado período de concentração. Constitui-se este, segundo a lei, num período em que o atleta deve ficar concentrado por um período não superior a 3 (três) dias por semana, desde que esteja programada qualquer competição amistosa ou oficial. E, em se tratando de competição fora da localidade onde o clube tenha a sua sede, o empregado ficará à disposição por período superior aos 3 (três) dias mencionados acima" (ZAINAGHI, D. S. *As horas extras do jogador de futebol*. Disponível em: <http://www.zainaghi.adv.br/web/view2.asp?paNumero=41>. Acesso em: 23 ago. 2013).

forma e nos horários definidos por ele, tudo com o objetivo de obter o melhor desempenho possível do atleta.

A Justiça do Trabalho, competente para os conflitos decorrentes de questões não disciplinares/regulamentares, não conseguiu, ainda, definir um padrão de resposta sobre a adequada interpretação pertinente aos direitos e os fundamentos que deva observar na solução desses litígios.

Em recente decisão, o Tribunal Superior do Trabalho, reconhecendo a prevalência do formalismo previsto no artigo 477, § 1º, da CLT, negou validade a pedido de demissão formulado por jogador cujo contrato de trabalho se estendera por mais de um ano em decorrência da falta de homologação do pedido pela entidade sindical correspondente.

Por ocasião do julgado, o Ministro Relator Augusto César Leite de Carvalho ressaltou que

> "[...] essa norma é válida para o atleta profissional, que, a despeito de existir a peculiaridade de que o seu contrato jamais se transforma em um pacto indeterminado, está amparado, como qualquer outro trabalhador, pelo princípio da proteção, regente no Direito do Trabalho e mesmo porque o artigo 28, § 1º, da Lei nº 9.615/1998, autoriza a aplicação das normas trabalhistas ao contrato de trabalho desportista"[300].

Em outro tema, dessa vez sobre hora extra decorrente do período de concentração, a Justiça do Trabalho demonstra com mais clareza a dicotomia jurisprudencial existente.

O Tribunal Regional do Trabalho, da 3ª Região, já se manifestou contrariamente ao direito às horas extras decorrentes do período de concentração[301], admitindo o caráter especial da relação entre atleta e seu empregador.

Esse mesmo Tribunal também já havia se manifestado na mesma direção, considerando atípica e especial a relação de emprego do atleta e que, em face dessa

---

[300] RR – 1666/2006-028-02-40.8, 6ª Turma, publicado em 28/06/2013.

[301] "HORAS EXTRAS INDEVIDAS – ATLETA PROFISSIONAL – PERÍODO DE CONCENTRAÇÃO – O período de concentração do jogador de futebol não induz ao pagamento de horas extraordinárias, pois trata-se de uma característica especial do contrato de trabalho desse profissional. A Lei nº 6354/76 admite essa hipótese, desde que respeitado o limite de três dias por semana, fora do limite da jornada máxima semanal." (TRT 3ª R. – RO 2680/02 – 4ª Turma – Relatora Juíza Mônica Sette Lopes – DJMG 27.04.2002 – p. 10).

especialidade, não faz jus ao cômputo das horas de concentração no período máximo de trabalho semanal[302].

Em sentido contrário, contudo, o Tribunal Regional do Trabalho, da 9ª Região, acolhendo a tese de que o período de concentração é espécie de tempo à disposição do empregador, em que há, de fato, entrega do tempo em favor do clube ou da agremiação em detrimento do livre gozo do período de descanso, decidiu pelo reconhecimento do direito às horas extras quando ultrapassado o limite de 44 horas semanais, considerando a concentração dentro desse cômputo[303].

Para ilustrar ainda mais a celeuma em torno do tema do atleta profissional em comparação com o empregado típico, acentuando-se o que se quer demonstrar neste estudo, no tocante à necessidade de se reconhecer que a evolução nas relações de trabalho clama por tratamento diferenciado de seus institutos e mecanismos de proteção de forma a modulá-los de acordo com a realidade encontrada em cada relação, apresenta-se o caso do adicional noturno.

É que, muito embora a Constituição da República disponha, no artigo 7º, inciso IX, sobre o direito à remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, bem como pela absoluta ausência de disposição em sentido contrário na Lei nº 9.615/1998, até porque referida disposição poderia ser interpretada como em desacordo com o texto constitucional, mesmo assim, o direito fundamental ao recebimento de remuneração noturna superior à diurna não tem encontrado abrigo nas decisões do Tribunal Superior do Trabalho.

A doutrina ressalta a preocupação com esse descompasso das decisões do TST em confronto com o texto constitucional.

---

[302] "A concentração do jogador de futebol é uma característica especial do contrato de trabalho do atleta profissional, não se admitindo o deferimento de horas extras neste período. Revista parcialmente conhecida e provida para excluir da condenação as horas extras e reflexos" (TST – 1ª T – Proc. RR 7.782/84 – Rel. Min. Fernando Franco. *DJ* 243/85). No mesmo sentido: "HORAS EXTRAS. JOGADOR DE FUTEBOL. PERÍODO DE CONCENTRAÇÃO. A concentração é obrigação contratual e legalmente admitida, não integrando a jornada de trabalho, para efeito de pagamento de hora extras, desde que não exceda de 3 dias por semana." (RR – 405.769/97.7, 4ª Turma, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJ 05/05/2000).

[303] "Horas extras. Jogador de futebol. É devido o pagamento de horas extras ao jogador de futebol por todo o período que ficou em concentração, sem compensação de horário, à disposição do empregador" (TRT/PR – 9ª Reg., Ac. 236/82 – Proc. |RO. 1079/81 – Relator Juiz Indalécio Gomes – p. sessão de 18.2.82).

Sérgio Pinto Martins afirma que

> "[...] é devido o adicional noturno ao atleta profissional. A Lei nº 6.354 é omissa sobre o assunto, porém o artigo 28 da referida norma manda aplicar a CLT, no caso de omissão. Assim, é de se observar o artigo 73 da CLT, que trata do adicional noturno de 20% e da hora noturna reduzida de 52 minutos e 30 segundos"[304].

Embora o autor cite a Lei nº 6.354/1976 no que tange à observância supletiva da Consolidação, vale ressaltar que a atual Lei nº 9.615/1998 (Lei Pelé), que regula mais recentemente a atividade do atleta, também no artigo 28, mas no § 4º, dispõe em igual sentido[305].

A mesma orientação denota propor Alice Monteiro de Barros, reconhecendo a supremacia do texto constitucional cuja observância é imperativa[306].

Mesmo diante da clara manifestação da doutrina, o Tribunal Superior do Trabalho possui precedente em sentido diametralmente oposto.

Ao sustentar, como fator preponderante, a especificidade da relação do atleta profissional, o TST já admitiu não fazer parte do rol de direitos daqueles trabalhadores subordinados o adicional noturno. A esse propósito, colaciona-se o seguinte excerto:

> "As condições peculiares do contrato do atleta profissional de futebol não toleram incursão no adicional noturno, em louvor dos critérios universalmente consagrados na exibição profissional do atleta. Esse tipo de prestação noturna participa visceralmente do contrato e há de tê-la como abrangida na remuneração estipulada" (TST, 1ª T, RR 3.866/82, Ac. 3.854/83, j. 16.12.83, Relator Ministro Ildélio Martins).

---

[304] MARTINS, S. P. *Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol*. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/artigo_001-pmartins-futebol.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

[305] Lei nº 9.615/1998, art. 28, § 4º: "Aplicam-se ao atleta profissional as normas gerais da legislação trabalhista e da Seguridade Social, ressalvadas as peculiaridades constantes desta Lei, especialmente as seguintes [...]" (Redação dada pela Lei nº 12.395/2011).

[306] BARROS, A. M. de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003. p. 184.

Na esteira dessa orientação, os Tribunais Regionais também vêm adotando posicionamento semelhante, afastando do atleta profissional o direito à remuneração noturna especial e a redução da hora noturna trabalhada[307].

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do RE nº 15.932, reconheceu, na década de 1950, a especialidade do contrato do atleta profissional de futebol, negando-lhe direito à estabilidade no emprego[308].

A diferença de tratamento dispensado ao atleta profissional, especialmente aos que mantêm vínculo jurídico com clubes e agremiações de futebol, fica ainda mais evidente quando se passa à análise da legislação de outros países.

Apenas para evidenciar essa diferença de tratamento, far-se-á a análise das normas legais que a Espanha dedicou a esses trabalhadores.

O *Estatuto de los Ttrabajadores*, com nova versão dada pelo Real Decreto Legislativo nº 1, de 24 de março de 1995, excepciona uma série de relações de trabalho, admitindo a necessidade de se reconhecer tais especificidades e tratá-las, cada qual, com bse em um conjunto próprio de regras e, por que não, princípios.

Assim, o artigo 2º do *Estatuto de los Trajadores* considera especial o trabalho dos domésticos, dos artistas, dos empregados de alta direção e dos atletas profissionais, destinando a estes lei própria, o Real Decreto Legislativo nº 1.006, de 26 de junho de 1985.

Entre outras condições especiais, das quais muitas se assemelham à legislação brasileira (Lei nº 9.615/1998), encontra-se a disposição contida no artigo 9º sobre jornada de trabalho, conforme a seguir:

---

[307] (1) "Atleta profissional de futebol. Salvo prova de excessos das normas contidas na Lei n. 6.354/76, não faz jus o atleta profissional de futebol a horas extras, repouso semanal remunerado e adicional noturno" (TRT – 4ª T. – RO-6.609/90 – 1ª T. Rel. Juiz Carlos A. C. Fraga – Julgado em 05.02.92).

(2) "ATLETA PROFISSIONAL DE FUTEBOL. ADICIONAL NOTURNO. Não faz jus o atleta profissional de futebol ao pagamento do adicional noturno, já que o labor em tal horário está inserto em suas atividades, nos termos do previsto nos incisos I a III do artigo 35 da Lei nº 9.615/98. TRT – 4ª Região, 6ª Turma – RO 73200710104009, DJET17/07/2009, Relatora Maria Cristina Schaan Ferreira.

[308] STF, RE nº 15.932, julgado em 18/09/1950, Relator Ministro Macedo Ludolf.

> "Artículo 9º, do Real Decreto nº 1.006/85:
>
> 1) La jornada del desportista profesional comprenderá la prestacion efectiva de sus servicios ante el público y el tiempo en que este bajo las órdenes directas del club o entidade desportiva a efectos de entrenamiento o preparación física y técnica para la misma;
>
> 2) La duración de la jornada laboral será la fijada en convenio colectivo o contrato individual, con respecto en todo caso de los limites vigentes, que podrán aplicarse en computo anual;
>
> 3) No se computaran a efectos de duración máxima de la jornada los tiempos de concentración prévios a la celebración de competiciones o actuacionnes desportivas, en los empleados en los desplazamientos hasta el lugar de la celebración de las mismas, sin perjuicio de que a través de la negociación colectiva se regule el tratamiento y duración máxima de tales tiempos."

Embora o Real Decreto Legislativo nº 1.006 não tenha dedicado artigo específico ao tema do trabalho noturno, demonstra com clareza que direcionou boa parte da regulação relacionada ao tempo de trabalho, descanso, limite e concentração à negociação coletiva, de acordo com a perspectiva moderna de regulação do mínimo civilizatório, relegando aos atores sociais a tarefa de disciplinar de maneira adequada os demais temas.

O próprio *Estatuto de los Trabajadores*, ao dispor sobre a exclusão dos atletas e demais empregados do seu eixo de proteção, fez questão de ressalvar a aplicação compulsória das garantias constitucionais[309].

A esse propósito, a legislação espanhola deixa claro dois pontos: primeiro, o fato de a legislação trabalhista geral não se aplicar, se não supletivamente, às relação de trabalho no desporto e, segundo, que, embora regulado em norma própria, o Direito espanhol prefere a adoção de normas coletivas autônomas para disciplinar temas importantes, como o da jornada de trabalho, reconhecendo, assim, a relevância e pertinência dessa modalidade de regulação.

[309] Artigo 2º, 2 – "En todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución."

Nota-se que o atleta profissional é uma espécie diferenciada de empregado, submetido a regime jurídico próprio[310], e que não possui a mesma proteção destinada aos empregados típicos.

Direito de arena, luvas, "bicho", entre outras regras, tornam especiais o contrato e a relação do atleta profissional a ponto de se admitir a inaplicabilidade da maior parte dos institutos de Direito do Trabalho mesmo sem expressa disposição legal.

A pergunta que se faz é: por quê? Ao observar o que foi estudado na análise do caso dos empregados domésticos, a conclusão lá alcançada se verifica presente novamente aqui.

Como já se afirmou, há situações em que o empregado não é destinatário do mesmo rol de proteção do empregado típico. No caso dos trabalhadores domésticos identificou-se que o *ambiente familiar*, que não explora economicamente seu trabalho ou, por meio dele, não gera riquezas ao empregador, foi determinante para a redução dessa proteção.

Aqui, não é o ambiente familiar ou a não exploração econômica que destaca o empregado atleta dos empregados típicos, mas a peculiaridade da atividade do empregador.

Está-se novamente diante de uma adequação do campo de proteção do trabalhador em face da atividade do empregador.

A Constituição, no artigo 217, inciso III, tratou de distinguir o desporto: "É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: [...] III, o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional".

Há, entre os especialistas, quem defenda a existência do princípio *in favor clubis*[311], justamente com a finalidade de esclarecer essa tendência normativa de valorizar a instituição em detrimento, muitas vezes, de valores laborais mais consagrados, como a limitação da jornada de trabalho em contraste com a concentração, entre outros.

---

[310] AMADO, J. L. *Contrato de trabalho desportivo anotado*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 20.

[311] Expressão utilizada por BAPTISTA, A. M. *Direito laboral desportivo*: estudos. Lisboa: Quid Juris, 2003. p. 54.

Essas espécies de relações diferenciadas devem comportar graus, quer pela característica do trabalho em si, quer pelas aptidões profissionais do trabalho, quer pela tecnicidade das próprias tarefas[312].

3.3.3 Empregados Públicos

Para fortalecer essa posição, sustentando-se que a figura do empregador pode modificar a estrutura de proteção do trabalhador subordinado e explicar, com base nesse pensamento, a diferença de tratamento dispensado a espécies diversas de relação, não mais sob a ótica do empregado, pois a subordinação não muda, no entanto, muda a figura do empregador, alterando, assim, o eixo de proteção, é que se apresenta, a partir de agora, a análise do tratamento legal dispensado aos empregados públicos.

O propósito aqui não será descrever com minúcia todas as relações da Administração com seus trabalhadores em perspectiva comparativa, mas apenas as relações entre eles que se dão sob a regência da Consolidação, justamente com o fim de proporcionar ao estudo adequada verificação do contraste na aplicação das regras consolidadas aos empregados típicos e aos que mantêm relação de trabalho com a Administração.

É necessário, no entanto, fazer pequena incursão ao conceito de empregado público, objeto deste estudo. Arion Sayão Romita apresenta apanhado histórico-legislativo em que demonstra a ambiguidade do termo, mas também a confusão em torno da definição jurídica desse trabalhador ao longo da história[313].

O artigo 37 da CRFB conduz à conclusão de que a Administração Pública, tanto direta como indireta (Sociedades de Economia Mista, Autarquias, Empresas Públicas e Fundações) poderia comportar cargos públicos, empregados públicos e função pública. Já

---

[312] FERNANDES, A. L. M. *Direito do trabalho*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 132.

[313] ROMITA, A. S. *Direito do trabalho*: temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998a. p. 783.

o inciso II do referido artigo demonstra limitar determinados segmentos da Administração a certas espécies de contrato (em alguns, admitindo empregados e, em outros, apenas servidores)[314].

Arion Romita chega a afirmar, após sérios apontamentos de divergências doutrinárias, que os conceitos de servidor público e empregado público ainda estão em construção e não se ajustam, de modo seguro, em nenhuma definitiva conclusão. Para o autor, a contratação de trabalhadores pela Administração Pública, mediante regime da Consolidação, é espécie *sui generis*, pois o servidor não é nem o servidor público, nem o empregado do artigo 3º da CLT[315].

A via traçada por Arion Romita conduz a uma reflexão crítica que, embora muito relevante, não merece, neste momento, ser enfrentada com a mesma intensidade dedicada pelo autor.

Para este estudo mostra-se adequada a definição restritiva feita pela doutrina administrativista, no que tange a considerar tanto o empregado como o servidor em espécies do gênero *servidor público*. Nessa linha, ter-se-iam servidores públicos no regime estatutário e servidores públicos no regime contratual[316].

Empregados públicos são, portanto, aqueles admitidos a trabalhar para a Administração mediante relação de emprego, cuja regulamentação, embora fortemente influenciada pela natureza pública do contratante, é a prevista na Consolidação[317]. Adotar-se-á, então, o vocábulo *empregado público*, não obstante as intransponíveis objeções formuladas por Arion Sayão Romita.

---

[314] "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; [...]."

[315] ROMITA, A. S. *Direito do trabalho*: temas em aberto, p. 789.

[316] ARAÚJO, E. N. de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 256.

[317] BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 235.

Nas Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações, sempre haverá empregados públicos e nunca de servidores públicos estatutários, por força do que dispõe o artigo 173, § 1º, inciso II, da CRFB, que remete essas entidades ao regime jurídico privado, impedindo, portanto, a contratação por regime diverso.

Na Administração Pública Direta, bem como nas Autarquias e Fundações, o regime jurídico estatutário é o regime utilizado regularmente, podendo, em certas circunstâncias, ser admitida, nessas instituições, a contratação de trabalhadores pelo regime privado da Consolidação[318].

Nessa relação contratual, no entanto, não se aplica o mesmo tratamento destinado às relações de trabalho do setor privado, embora o regime da Consolidação se aplique a duas relações. Em princípio, a aplicação do regime jurídico estatutário foi instituída com a finalidade de garantir aos cidadãos o cumprimento dos preceitos de Direito Administrativo, como a impessoalidade e a eficiência, e aos servidores, o desempenho isento e obediente apenas às diretrizes do bem público, afastando dos servidores as pressões típicas das relações privadas.

Ocorre que, com o dirigismo contratual e as interpretações ampliativas das restrições à autonomia da vontade nas relações privadas de trabalho regidas pela Consolidação, essas aparentes vantagens do sistema estatutário dos servidores ficaram resumidas à estabilidade e ao sistema de previdência, já que o sistema jurídico privado de relação de trabalho comporta uma série de outras vantagens não aplicadas aos servidores regidos pela Consolidação.

O contrário também é verdadeiro, pois certas restrições impostas aos empregados públicos não encontram correlação com os empregados da Consolidação. A contratação exclusivamente mediante concurso público (art. 37, II, da CRFB – exceção feita aos dirigentes e cargos em comissão) e a equiparação a funcionários públicos para fins

[318] Bandeira de Mello explica que somente em serviços subalternos a Administração Direta, autárquica e fundacional poderia contratar pelo regime da Consolidação, entre outros argumentos, porque quando o texto constitucional elencou aos servidores alguns direitos do artigo 7º, da mesma Constituição, não o fez autorizando a contratação por qualquer regime, caso contrário seria desnecessária a aludida menção. O autor menciona, no entanto, que a minuciosa relação de regras e disposições contidas nos artigos 39 a 41 da CLT destinadas aos servidores não teria razão de existir se pudesse ser afastada mediante contratação pelo regime privado (BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*, p. 238).

criminais são alguns exemplos de restrições impostas aos empregados públicos, o que caracteriza uma mitigação do dirigismo estatal na contratação com a Administração.

Um exemplo claro dessa valorização da relação privada em detrimento da relação de trabalho no serviço público é o direito à equiparação salarial previsto no artigo 461 da CLT.

Referido dispositivo, atendendo aos preceitos constitucionais de isonomia, reconhece o direito ao empregado da iniciativa privada de receber, em iguais condições de trabalho e observadas as exigências legais, o mesmo salário do empregado paragonado.

Essa mesma garantia, no entanto, não está disponível ao empregado público.

A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho já consolidou entendimento no sentido de negar, ao empregado público, o direito à equiparação salarial prevista no artigo 461 da CLT.

A redação da Orientação Jurisprudencial nº 297, da Seção de Dissídios Individuais-1, é nítida ao evidenciar essa diferença de tratamento:

> "Orientação Jurisprudencial nº 297, SDI-1: Equiparação salarial servidor público da Administração Direta, Autárquica e Fundacional, art. 37, XIII, da CF/1988. Diário de Justiça de 11/08/2003. O art. 37, inciso XIII, da CF/1988, veda a equiparação de qualquer natureza para o efeito de remuneração do pessoal do serviço público, sendo juridicamente impossível a aplicação da norma infraconstitucional prevista no art. 461 da CLT quando se pleiteia equiparação salarial entre servidores públicos, independentemente de terem sido contratados pela CLT."[319]

Essa Orientação faz referência ao comando contido na Constituição da República. Nota-se, com isso, o interesse em diferenciá-lo dos demais empregados privados, mesmo aqueles que são contratados pelo regime da Consolidação[320].

---

[319] Art. 37 da CRFB: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] XIII – é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público".

[320] Essa mesma orientação demonstra estar presente na redação do item I da Súmula nº 6 do TST ao afastar a exigência de homologação do quadro de carreiras como requisito necessário para impedir a aplicação do preceito contido no artigo 461 da CLT, para a Administração Pública: "Súmula TST, nº 6, I – Para os fins

Para evitar violações a esse comando constitucional, o Supremo Tribunal Federal, desde 1963, sedimentou entendimento segundo o qual o Poder Judiciário não pode, por meio de sentença, determinar que a Administração aumente salário de servidor pelo princípio da isonomia[321].

Resta, pois, autorizado à Administração a adoção de estrutura salarial diferenciada entre empregados. A autonomia estatal tem sido privilegiada no contraste com a proteção em favor do trabalhador.

Em recurso de Apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu essa supremacia estatal no tocante à definição salarial de seus servidores e afastou a pretensão de equiparação por isonomia. No referido acórdão, o Tribunal reconheceu válida concessão diferenciada de aumento salarial pelo Município, admitindo a diferença entre *revisão geral anual* (art. 37, X, da CRFB) e outras vantagens pecuniárias, estas podendo ser estabelecidas utilizando-se outros critérios[322].

A doutrina também demonstra reconhecer a viabilidade dessa medida aparentemente não isonômica de conceder diferentes aumentos entre os servidores. Maria Sylvia Zanella di Pietro ensina que a isonomia se faz com a concessão da revisão anual de salários, mas outros reajustes podem ser concretizados com base em critérios específicos,

---

previstos no § 2º do art. 461 da CLT, só é válido o quadro de pessoal organizado em carreira quando homologado pelo Ministério do Trabalho, excluindo-se, apenas, dessa exigência o quadro de carreira das entidades de direito público da administração direta, autárquica e fundacional aprovado por ato administrativo da autoridade competente.".

[321] STF, Súmula nº 339 – 13/12/1963 – "Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia.".

[322] "APELAÇÃO. Funcionário público municipal. Reajuste de vencimentos. Percentuais escalonados. Apoio em leis municipais (Leis nºs 180 /97, 251/01 e 171/02). Ausência de violação constitucional (art. 37, X e XV, CF) Princípio da isonomia não ofendido. Sentença de improcedência Recurso desprovido. Em respeito à autonomia municipal (art. 39 CF), é admissível o aumento diferenciado de vencimentos, com amparo legal, de grupos de servidores, sem ofensa ao princípio da isonomia, desde que tais reajustes sejam devidamente compensados, em caso de eventual revisão geral anual (STF, ADI nº 3.599-1 e ADI nº 2.726) e, deste modo, leis municipais que, para além do índice único de reajuste anual, estabeleçam índices diferenciados de recuperação pecuniária, no foco compensatório, não importam em ofensa constitucional alguma" (TJ-SP – Apelação APL 3667920058260320 SP 0000366-79.2005.8.26.0320 (TJ-SP). Publicação: 28.10.2011).

com o objetivo de atingir determinado grupo de servidores, corrigindo carreiras ou melhorando certas condições[323].

Outro tema de relevo é a resistência à aplicação das negociações coletivas no setor público.

Não obstante o crescimento de empregados públicos e a "contaminação" da Administração com os chamados direitos privados, privatizando a própria Administração em certa medida[324], sabe-se que o exercício pleno da vida sindical é extremamente limitado no setor público, mesmo com o reconhecimento do direito a associar-se a uma entidade sindical[325].

A Organização Internacional do Trabalho, por meio de Convenções, estimula a plena liberdade sindical, até mesmo com o estímulo à negociação coletiva.

As Convenções nºs 87 e 98, embora não disponham diretamente sobre a negociação coletiva nas relações de trabalho no meio público, trazem normas genéricas de valorização dessa ferramenta de desenvolvimento social.

A Convenção nº 151, no entanto, é direta e eloquente ao determinar, no artigo 7º, que

> "[...] deverão ser adotadas, sendo necessário, medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas competentes e as organizações de empregados públicos sobre as condições de emprego, ou de quaisquer outros métodos que permitam aos

---

[323] "Os servidores passam a fazer jus à revisão geral anual, para todos na mesma data e sem distinção de índices (estas últimas exigências a serem observadas em cada esfera de governo). A revisão anual presume-se que tenha por objetivo atualizar as remunerações de modo a acompanhar a evolução do poder aquisitivo da moeda; se assim não fosse, não haveria razão para tornar obrigatória a sua concessão anual, no mesmo índice e na mesma data para todos. Essa revisão anual constitui direito dos servidores, o que não impede revisões outras, feitas com o objetivo de reestruturar ou conceder melhorias a carreiras determinadas, por outras razões que não a de atualização do poder aquisitivo dos vencimentos e subsídios" (DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 510).

[324] Alerta que faz Arion Sayão Romita, no que denominou "privatização do direito público", contrapondo-se ao movimento de "publicização do direito privado" (ROMITA, A. S. *Direito do trabalho*: temas em aberto, p. 785).

[325] "[...] é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical" (art. 37, VI, da CRFB).

representantes dos empregados públicos participar na determinação de tais condições"[326].

Mesmo com as atuais modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 19/1998, não foi reconhecido aos servidores o direito aos acordos e convenções coletivas (art. 7º, XXVI, da CRFB), graças às taxativas concessões feitas no artigo 39, § 3º.

Muito embora a doutrina busque reconhecer o direito à ampla negociação coletiva aos empregados públicos como corolário da interpretação sistemática dos artigos 7º, incisos VI e XIII, garantidos aos servidores por força do mesmo artigo 39, § 3º, todos da CRFB, que autorizaria a negociação coletiva no serviço público para redução de salários (VI) e compensação de horas extraordinárias (XIII),[327] o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a inconstitucionalidade do artigo 240, alíneas "d" e "e", da Lei nº 8.112/1990, decidiu, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 492-1, que o preceito em foco viola a Constituição, pois esta não estendeu, no artigo 39, o direito previsto no inciso XXVI do artigo 7º[328].

Coerente com essa posição a Suprema Corte brasileira editou a Súmula nº 679, orientando que "a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva".

A expressão *servidor público*, utilizada na Súmula nº 679, deve ser interpretada de forma abrangente, envolvendo tanto os estatutários quanto os empregados do regime contratual.

---

[326] Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/501>. Acesso em: 30 ago. 2013.

[327] PEDREIRA DA SILVA, L. de P. A negociação coletiva do setor público. In: PRADO, N. (Coord.). *Direito sindical brasileiro*: estudos em homenagem ao prof. Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1998. p. 259.

[328] "CONSTITUCIONAL. TRABALHO. JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. AÇÕES DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTATUTÁRIOS. C.F., arts. 37, 39, 40, 41, 42 e 114. Lei nº 8.112, de 1990, art. 240, alíneas 'd' e 'e'. I. – Servidores públicos estatutários: direito à negociação coletiva e à ação coletiva frente à Justiça do Trabalho: inconstitucionalidade. Lei 8.112/90, art. 240, alíneas 'd' e 'e'. II. – Servidores públicos estatutários: incompetência da Justiça do Trabalho para o julgamento dos seus dissídios individuais. Inconstitucionalidade da alínea 'e' do art. 240 da Lei 8.112/90. III. – Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente." (Ministro Relator Carlos Mário Velloso).

Essa orientação sumulada se mostra coerente com a exigência constitucional de que todos os servidores públicos se submetem ao teto salarial estabelecido no artigo 37, inciso XI, combinado com o § 9º, o que impede o exercício pleno da livre negociação entre empregador (Estado) e seus empregados (sindicato). Também o silêncio acerca do direito previsto no inciso XXVI do artigo 7º (reconhecimento das convenções e acordos coletivos), no rol de direitos sociais descritos no artigo 39, § 3º, é de uma eloquência inquestionável.

Não bastassem essas evidências, deve-se ressaltar a determinação do artigo 169, § 1º, incisos I e II, da CRFB, ao disciplinar as limitações das despesas de pessoal estabelecidas pela Lei Complementar nº 101/2000, com o propósito de impedir a livre disposição, pelos agentes políticos, dos recursos financeiros destinados ao pessoal.

Essa restrição encontra espaço em outras legislações[329]. Difícil justificar o tratamento igualitário entre empregado público e empregado privado. O interesse público que envolve a Administração restringe ao agente político a capacidade ou poder de concessão de benefícios ou vantagens, limitando, com isso, sua autonomia negocial. Aqui o dirigismo estatal visa proteger o interesse público, não mais o interesse privado do trabalhador.

Claro que há aspectos que podem conduzir à conclusão de que o regramento no serviço público, mesmo para o empregado público, é mais benéfico para o trabalhador do que no setor privado, conforme manifestação da doutrina nesse sentido[330]. O objetivo deste estudo, todavia, não é apontar qual sistema evidencia ser mais ou menos benéfico, mas revelar o tratamento diferente que é dispensado nas relações de trabalho atípicas,

---

[329] Javier Neves Mujica, ao analisar a evolução da legislação peruana, reconhece que o tempo cuidou de aproximar o regramento dos contratos de trabalho no serviço público com o privado. O autor acentua que "la relación laboral, sin embargo, se rige por ordenamientos diferenciados para los trabajadores privados y públicos, aunque estos tiendes a asemejarse cada vez más, superando las diversidades propias de la primera fase: la estabilidad laboral passa también al sector privados y los derechos colectivos a los empleados públicos (en el caso de la negociación colectiva, con muy severas limitaciones [...]" (MUJICA, J. N. *Introducción al derecho del trabajo*. 2. ed. Lima: Fondo Editorial PUC Perú, 2012. p. 50).

[330] PEDREIRA DA SILVA, L. de P. A negociação coletiva do setor público. In: PRADO, N. (Coord.). *Direito sindical brasileiro*: estudos em homenagem ao prof. Arion Sayão Romita, p. 252.

concluindo pela inaplicabilidade incondicional dos princípios, regras e sistemas de proteção a diferentes espécies de relação de emprego.

O estudo sobre os empregados domésticos, os atletas profissionais e os empregados públicos serve para evidenciar uma realidade, qual seja, a de que não existe um tratamento único, nem mesmo um conjunto de princípios único que possam ser aplicados a todos os trabalhadores com vínculo empregatício.

A pesquisa sobre essas espécies de empregados permite afirmar que algumas circunstâncias são capazes de modificar a forma de tratamento dispensado a certos empregados envolvidos nessas condições. Com isso, não se pode dizer que o preceito de valorização do trabalho humano a todo custo é uma orientação uníssona. Há circunstâncias, como a posição do empregador, que influenciam significativamente a forma de se aplicarem, *v.g.*, os princípios.

A depender da valorização dispensada pela sociedade a certos empregadores, os direitos trabalhistas e, por consequência, seus titulares, podem ser mais, ou menos protegidos. Essa realidade não vem sendo categoricamente enfrentada pela doutrina porque a literatura jurídica separa os estudos envolvendo o empregado da iniciativa privada, orientados pela legislação industrial do século XX, dos demais empregados, não considerando estes como destinatários da mesma proteção, justamente pela orientação do desenvolvimento industrial que marca a Consolidação brasileira.

No entanto, considerar que só os empregados dos setores da economia são atingidos pela hipossuficiência, seja ele público ou privado, seria um equívoco inescusável.

Extrai-se, da comparação feita neste capítulo, que não se pode afirmar, ao menos seguindo algum rigor metodológico, que todos os empregados recebem o mesmo tratamento, ou são protegidos da mesma forma pelo Direito, quer por conta da posição em que se encontra o empregador (microempresas, associações desportivas, empregadores domésticos), quer em face da relação jurídica que mantém, como nos casos dos *altos empregados*, o que justifica a aplicação diferenciada do Direito nessas circunstâncias.

3.3.4 Altos Empregados

O caso dos altos empregados revela a mesma necessidade de se reconhecer tratar-se de uma figura especial de empregado e que, em razão de certas circunstâncias, não pode receber igual tratamento dispensado aos empregados típicos. Os atletas, os empregados públicos e os domésticos são merecedores do título de *empregados*, porque a presença da subordinação[331] e porque a lei os enquadra como tal, mas nem por isso são tratados com a mesma carga protetiva dispensada aos empregados típicos. Por quê? Porque naqueles casos, a sociedade reconheceu o destaque do empregador na relação e limitou a proteção conferida aos empregados típicos.

Com os altos empregados ocorre situação semelhante, pois, embora seu empregador seja o mesmo do empregado típico, a execução de seu contrato se dá de forma tal que os institutos aplicados ao empregado típico não se encaixam adequadamente aos altos empregados, clamando por um tratamento diferenciado.

Sabe-se, em face da investigação feita até o momento, que o empregado típico, na condição clássica de subordinação, pela disparidade de forças oriunda da supremacia do poder econômico em relação à da mão de obra, encontra-se incapacitado de, livre e isoladamente, dispor de seus direitos trabalhistas em sua maioria, maioria essa que será mais bem delineada em seguida.

A condição apontada é reconhecida em praticamente todos os sistemas, com maior ou menor ênfase, dependendo da histórica ou do desenvolvimento social de cada sociedade.

---

[331] Adotar-se-á, por questões de limitação da pesquisa, o conceito de subordinação cunhado por Amauri Mascaro Nascimento. Para esse doutrinador, subordinação "significa uma limitação à autonomia do empregado – como o poder de direção do empregador também sofre restrições –, de tal modo que a execução dos serviços deve pautar-se por certas normas que não serão por ele traçadas" (NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*, 26. ed., p.. 657). A escolha deste conceito entre tantos outros, mais conciso e aberto, dá-se justamente para permitir o arejamento das ideias fundantes da subordinação, fomentando o confronto a todo o momento das situações aqui lançadas em cotejo com o instituto da subordinação, sem as amarras de um dogma fechado e imune a novas perspectivas.

Esses mesmos sistemas reconhecem a existência da figura de empregados que, em razão da alta fidúcia que marca sua relação com seu empregador, encontram-se em condição diferenciada em face do empregado-tipo, condição essa que impõe o estudo de seus limites justamente para identificar em que medida essa condição altera as conclusões até aqui alcançadas.

A fidúcia especial que reveste esses empregados permite o exercício de certos atos[332]. São poderes de administração para agir em nome do empregador[333]; podem ser citados como exemplos, os diretores-gerais, os administradores, os superintendentes e os gerentes com amplos poderes, ou seja, todos aqueles empregados que se destacam perante os demais empregados por exercerem função diretiva.

A esse respeito bem sintetiza Sérgio Pinto Martins ao indicar que, no México, Argentina e Uruguai, usa-se a expressão *altos empregados* para designar esses ocupantes de postos de destaque, ao passo que na Itália são conhecidos como empregados dirigentes e, na França, como quadros ou *cadres*[334].

É oportuno colacionar, aqui, a definição lapidar de Evaristo de Moraes Filho. Para o autor, são empregados que praticam atos

> "[...] próprios do titular da empresa. Como que se colocam entre o contrato de trabalho e o mandato, obrigando a própria direção de modo direto, através de atos praticados com representação. Os seus exercentes não possuem outro título legítimo para a sua ocupação além da livre e espontânea escolha do empregador. Realizam atos que deveriam ser praticados pessoalmente pelos titulares do negócio, daí a confiança imediata de que se revestem. Podem ser cargos de direção, de gestão, de gerência, como igualmente de guarda de valores vultosos da empresa"[335].

---

[332] Mozart Victor Russomano diferencia o grau de confiança presente nos contratos de trabalho entre genérica, específica, excepcional e estrita, atribuindo as duas últimas aos empregados de confiança (RUSSOMANO, M. V. *Comentários à CLT*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I, p. 138).

[333] BARROS, A. M. de *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 272.

[334] MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*, 28. ed., p. 186.

[335] MORAES FILHO, E. de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I, p. 434/435.

No Direito italiano, em que a lei separa os ocupantes de cargo de confiança dos demais empregados em termos de tutela legal, Galantino os define como sendo "soggetto caratterizzato da un elevato grado di autonomia e potere decisionale con funzioni di promozione e coordinamento della realizzazione degli obiettivi dell'intera impresa o di un ramo di essa"[336].

No sistema brasileiro, a norma legal reconheceu essa diferença entre eles e estabeleceu em algumas passagens tratamento igualmente diferenciado.

Assim é que o artigo 62 da CLT, ao excluir duas classes de trabalhadores da proteção do capítulo destinado a regulamentar a jornada de trabalho e seus limites, inseriu a figura do empregado *exercente de cargos de gestão*[337].

A redação atual do artigo 62 foi dada pela Lei nº 8.966/1994, cujo texto anterior se referia a esses empregados como sendo "os gerentes, assim considerados os que investidos de mandato, em forma legal, exerçam encargos de gestão, e, pelo padrão mais elevado de vencimentos, só diferenciem aos demais empregados, ficando-lhes, entretanto, assegurado o descanso semanal".

Até a redação dada pela Lei nº 8.966/1994, a doutrina e a jurisprudência enxergavam o empregado ocupante de cargo de confiança como o *alter ego* do empregador, sempre na perspectiva da exigência do mandato.

---

[336] GALANTINO, L. *Diritto del lavoro*, p. 283. Tradução livre do original para este trabalho: "Sujeito caracterizado pelo elevado grau de autonomia e poder decisório com funções de promover e coordenar as realizações dos objetivos de toda a empresa ou de um ramo da empresa".

[337] "Art. 62 – Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994): I – os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994); II – os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994). Parágrafo único – O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento). (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)." Também o artigo 224, § 2º, da CLT preocupou-se em discriminar os altos empregados no setor bancário, conferindo tratamento especial a eles no tocante à jornada de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento pontua, entretanto, que não se pode mais considerar alto empregado, ou empregado de confiança, apenas como o *alter ego* do empregador em razão das modernas relações de trabalho mais descentralizadas, em que o poder se encontra bastante pulverizado ("horizontalização de responsabilidades"), identificando-se cargos de confiança entre trabalhadores que não ocupam postos de destaque na alta cúpula organizacional, mas que nem por isso devem ser ignorados ou não considerados como ocupantes de cargos de confiança, até porque a legislação brasileira (art. 62 da CLT) não elencou de maneira taxativa os cargos dessa natureza, autorizando ao intérprete, mediante o cotejo fático, identificar empregados ocupantes de cargos de confiança mesmo sem o título formalmente reconhecido[338].

A mudança na lei visou à modernização desse conceito, retirando o *mandato* como condição de qualificação desses altos empregados, permitindo, com a plena aplicação do princípio da primazia da realidade, ampliar ou restringir a figura por meio de análise mais pragmática do instituto no momento da subsunção da situação fática à norma legal.

Agora, a classificação do empregado como ocupante de cargo de confiança pode ser apurada mediante outras formas, além do mandato expresso na forma da lei anterior.

Outra imposição legal à identificação do cargo de confiança é o recebimento, pelo empregado ocupante desse cargo, de gratificação ou salário superior em quarenta por cento do cargo antes ocupado. O objetivo deste estudo, no entanto, não é enquadrar adequadamente o ocupante de cargo de confiança, mas estabelecer em que medida essa condição implica aumento ou diminuição da capacidade de dispor dos direitos previstos na legislação trabalhista.

Identificam-se três disposições legais que mostram certo tratamento específico ao ocupante de cargo de confiança.

A primeira refere-se à possibilidade de o empregador reverter a condição de ocupante de cargo de confiança, nos termos do artigo 468, parágrafo único, da CLT. Trata-se do exercício, pelo empregador, do *jus variandi*, ao efetuar alteração contratual lesiva, porém lícita, pois autorizada expressamente em lei.

---

[338] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*, 26. ed., p. 666/667.

Assim como é autorizada a reversão para o cargo anteriormente ocupado, também é facultada a retirada da gratificação paga ao empregado pela função até então exercida[339].

A segunda diz respeito a sua exclusão do regime de proteção da jornada de trabalho, não fazendo jus a horas extras (art. 62, II, da CLT). Não se quer, com isso, afirmar que o limite de jornada previsto na Constituição Federal, artigo 7º, incisos XIII e XVI, estaria revogado pela norma infraconstitucional.

Na verdade, há presunção *iuris tantum*, que o empregado nessas condições se encontra dotado de certa vantagem em comparação com o empregado-tipo e que a fidúcia elevada que o acompanha faz diminuir sua hipossuficiência a patamares em que se admite a possibilidade de negociar diretamente com seu empregador algumas condições, como, *v.g.*, a flexibilização dos rígidos controles de jornada de trabalho, permitindo a ele usufruir de certo conforto em momentos que melhor se ajustem a seus interesses, atendendo, também, a momentos de maior carga de trabalho sugerida pelo empregador.

É possível identificar, ainda, em terceiro lugar, o reflexo jurídico da condição de ocupante de cargo de confiança no tocante à disciplina do artigo 469 da CLT, ou seja, no que se refere à transferência de local de trabalho.

Pelo preceito legal contido no § 1º do referido artigo, os empregados em questão podem ser transferidos de local de serviço independentemente de sua prévia e necessária anuência[340].

Além dessas ressalvas, vale lembrar o obstáculo ao acesso à estabilidade decenal, contida no artigo 499 da CLT, aos ocupantes de cargos de confiança, mas que atualmente,

---

[339] Ressalva deve ser feita acerca da vigência da Súmula nº 372 do TST, que não reconhece o direito do empregador de retirar a gratificação quando o empregado estiver ocupando o cargo por dez ou mais anos. "Súmula 372 – gratificação de função. Supressão ou redução. limites. I – Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira. II – Mantido o empregado no exercício da função comissionada, não pode o empregador reduzir o valor da gratificação.".

[340] É importante lembrar que a jurisprudência, por meio da Súmula nº 43 do TST, entende ser necessário haver real necessidade do serviço, sob pena de abusividade da transferência. A Orientação Jurisprudencial nº 113, da Seção de Dissídios Individuais I do referido Tribunal, tem forçado o entendimento segundo o qual o adicional de transferência previsto no artigo 469 em comento é devido aos ocupantes de cargo de confiança, desde que presente a provisoriedade da transferência. Esse entendimento do TST representou mudança na posição até então vigente na doutrina que considerava não ser devido o adicional a esses empregados.

em face da vedação temporal, encontra-se superado, embora seu conteúdo continue ecoando quando se estudam os impactos jurídicos nas condições de trabalho desses empregados[341].

Saliente-se que não é apenas no Direito brasileiro que a restrição legal se mostra presente. Outros sistemas também reconhecem essa condição de menor debilidade diante do poder econômico dos empregadores, resultando em certa redução da imperatividade das normas laborais sobre esses empregados.

Na Itália, conforme se assinalou, há legislação específica sobre a temática dos altos empregados. Naquele país, diferentemente do Brasil, a legislação (Código Civil) divide os trabalhadores subordinados em quatro grandes categorias: (i) operários (*operai*); (ii) empregados (*impiegati*); (iii) quadros (*quadri*); e (iv) dirigentes (*dirigenti*)[342]. Como determina a lei, os requisitos que definem cada categoria são estabelecidos pela contratação coletiva.

De início, é relevante observar que a legislação italiana impõe dura restrição ao direito dos ocupantes dessas funções de confiança. Trata-se da faculdade dada ao empregador de despedi-los *ad nutum*, sem, portanto, ter de observar as importantes restrições impostas pela legislação local (e comunitária), fazendo jus apenas ao aviso prévio[343].

---

[341] A teor da Súmula nº 102 do TST, "Os empregados ocupantes de cargos de confiança no sistema bancário brasileiro possuem regramento mais detalhado. O parágrafo 2º, do artigo 224, da CLT, estabelece que o bancário nas condições de direção, gerência, fiscalização, chefia e equivalente, ou ainda, que desempenhe outros cargos de confiança, desde que receba, ao menos 1/3 do salário do cargo efetivo, não está protegido pela jornada reduzida de 6 horas diárias, mas pode ser contratado para jornada de 8. Isso porque a gratificação de 1/3 já é suficiente para remunerar essas duas horas adicionais". A interpretação das limitações jurídicas decorrentes da condição de ocupante de cargo de confiança para o bancário, portanto, deve ser feita cotejando-se os artigos 62 e 224.

[342] Artigo 2.095 do Códigio Civil italiano: "Categorie dei prestatori di lavoro. I. prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati e operai (att. 95). Le leggi speciali (e le norme corporative), in relazione a ciascun ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa, determinano i requisiti di appartenenza alle indicate categorie.".

[343] Conforme prevê o artigo 2.118 do Código Civil italiano. Ao interpretar o referido artigo, a Corte de Cassação italiana, por meio do julgado nº 21.673, de 8 de novembro de 2005, também reconheceu essa condição aos dirigentes.

Em adição, o Decreto Legislativo nº 66/2003, que regula a duração do trabalho na Itália, impondo jornada padrão de quarenta horas semanais, exclui, no artigo 17, esse limite aos empregados ocupantes de cargo de confiança[344].

A Lei nº 422/2000 e o Decreto Legislativo nº 368/2001, que disciplinam a contratação de trabalhadores por prazo determinado, impõem restrições a essa modalidade de contratação precária na Itália.

A exemplo da legislação sobre limite da duração do trabalho, no entanto, também a regulamentação para os contratos por prazo determinado permitem, sem exigências especiais, a contratação de empregados para ocupar cargos de direção.

Em igual sentido demonstra ser também a orientação na legislação espanhola, a teor do artigo 2º do *Estatuto de los Trabajadores*, que afirma serem consideradas relações de trabalho especiais as que envolvem empregados de *alta dirección*[345].

A esses trabalhadores a lei reservou apenas a garantia de respeito aos direitos previstos na Constituição espanhola, ficando de fora da cobertura do Estatuto[346].

De modo geral, como se disse, os sistemas democráticos contemporâneos e referenciais ao Direito nacional reconhecem, na figura do empregado ocupante de cargo de confiança uma espécie destacada dos demais empregados. A subordinação jurídica em seu caso é atenuada e sua autonomia se destaca, não a ponto de se tornar mais presente que a subordinação, mas em uma condição que o distancia do empregado cuja confiança é *genérica*[347].

---

[344] Artigo 17, § 5º. "Nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, le disposizioni di cui agli articoli 3, 4, 5, 7, 8, 12 e 13 non si applicano ai lavoratori la cui durata dell'orario di lavoro, a causa delle caratteristiche dell'attivita' esercitata, non e' misurata o predeterminata o puo' essere determinata dai lavoratori stessi e, in particolare, quando si tratta: a) di dirigenti, di personale direttivo delle aziende o di altre persone aventi potere di decisione autonomo; ...omissis...".

[345] Artigo 2º do *Estatuto de los Trabajadores*: "Relaciones laborales de carácter especial. – 1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) la del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3.c) ...*omissis*...".

[346] Artigo 2.2 do *Estatuto de los Trabajadores*: "En todos los supuestos señalados en el apartado anterior, la regulación de dichas relaciones laborales respetará los derechos básicos reconocidos por la Constitución.".

[347] BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 273.

Essa confiança diferenciada que o ocupante do cargo de confiança possui serve não apenas para lhe tolher direitos, como se viu, mas também para lhe conferir reconhecimento de sua condição capacitante para a negociação direta com seu empregador, ao menos em certas situações.

Nelson Mannrich, ao estudar a temática dos contratos a termo desses empregados no sistema italiano, reconhece que o "o tratamento diferenciado aos diretores justifica-se pela desnecessidade de maior tutela desses profissionais"[348].

Essa desnecessidade de maior proteção para os empregados ocupantes de cargos de confiança induz a reconhecer que a limitação de sua liberdade de contratar também resta mitigada.

Nessa mesma linha se manifesta a doutrina italiana, reconhecendo que "è ben noto, del resto, che l'intensità della tutela del prestatore di lavoro si è sviluppata in modo inversamente proporzionale al grado di liberta che l'assoggettamento consente"[349].

É possível assinalar, portanto, que o empregado nessas condições pode, em alguma medida, ajustar seu contrato de trabalho com maior liberdade em comparação ao empregado típico.

Embora os altos empregados possuam o mesmo regramento contratual que os demais, considerando, no entanto, que a legislação trata de modo diverso os altos empregados quando limita a jornada de trabalho, a possibilidade de retorno à função e salário anteriores sem violar o ideal de imodificabilidade contratual, a ausência de estabilidade (art. 499 da CLT) e a desnecessidade de anuência prévia para sua transferência, bem como, considerando-se a técnica legislativa adotada pelos países europeus estudados, que separam com clareza os altos empregados dos demais empregados, reconhecendo sua condição diferenciada, é lícito admitir sua capacidade

---

[348] MANNRICH, N. *A modernização do contrato de trabalho*, p. 69.

[349] HERNANDEZ, S. Una rilettura dell'inderrogabilità nella crisi dei principidel diritto del lavoro. *Il Diritto del Lavoro,* v. LXXVII, p. 2. Tradução livre do original para este trabalho: "É bem notório, de resto, que a intensidade da tutela do empregado é desenvolvida de modo inversamente proporcional ao grau de liberdade que a sujeição permite.".

especial para dispor de forma mais livre – porém com limites – de seus direitos. Esses limites serão aqui investigados com mais profundidade.

Em consonância com os limites estabelecidos pela legislação brasileira, os altos empregados são aqueles que exercem suas atividades mediante confiança especial do empregador, confiança essa que excede a simples fidúcia necessária à manutenção do vínculo contratual e que, em razão dela, a subordinação jurídica encontra-se mitigada, mas não a ponto de inviabilizar o poder de direção. Confere ao empregado ocupante dessas funções, todavia, certa liberdade; com isso, quanto maior a liberdade, maior seu caráter de colaboração, adelgaçando a sujeição ao empregador[350].

Adicione-se à definição legal a recomendação da doutrina, para se considerar ocupante de cargo de confiança (alto empregado) aquele que, em face de suas decisões em torno dos círculos estratégicos da empresa em que trabalha, encontra-se em posição de destaque perante os demais empregados[351].

Vale lembrar que a identificação de intensidades diferentes de subordinação já é estudada pela doutrina nacional.

Godinho Delgado, ao analisar a "subordinação estrutural", a diferencia da "subordinação objetiva", mas ambas buscam enquadrar as diversas realidades experimentadas pelos contratos de trabalho da atualidade e vislumbram classificar de forma mais adequada o fenômeno[352].

Adverte Délio Maranhão, no entanto, que não se pode considerar alto empregado, ao menos para efeito de restrição a direitos, aqueles que, por força de um quadro de carreira ou em decorrência de lei, ascendem a posição mais elevada, sem, contudo, serem acompanhados da confiança diferenciada do empregador com ato espontâneo[353].

---

[350] MORAES FILHO, E. de; FLORES DE MORAES, A. C. *Introdução ao direito do trabalho*, 7. ed., p. 256.

[351] BARROS, A. M. de. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 274/ 275.

[352] DELGADO, M. G. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v.70, n. 6, jun. 2006, p. 45/46.

[353] SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, p. 306.

Sem embargo, é necessário que a interpretação seja segmentada, devendo-se, portanto, admitir a necessidade de modular a limitação da autonomia da vontade, permitir um tratamento que reconheça essa diversidade de relações jurídicas, bem como construir uma interpretação que valorize a segurança jurídica e confira previsibilidade ao Direito, algo desejado nas sociedades estáveis.

Com isso, tanto nas relações coletivas, estudadas anteriormente, como nas relações individuais dos altos empregados, é urgente a adaptação da cultura jurídica nacional à realidade experimentada por outras sociedades que já perceberam a diversidade de relações e a necessidade de tratamento diferenciado a cada uma delas.

A própria lei brasileira já reconhece essa condição. O estudo da situação dos chamados altos empregados demonstrou que a lei os trata de modo a admitir certa restrição a direitos ou garantias, permitindo maior expansão da autonomia da vontade, justamente por reconhecer, naquela relação jurídica, uma necessidade reduzida do conhecido *dirigismo contratual*. Ao admitir essa autonomia dilatada, excluindo esses trabalhadores da proteção da jornada de trabalho (arts. 62 e 224, § 2º), da estabilidade no emprego (art. 499), da autorização intrínseca de transferência de local de trabalho mesmo sem seu consentimento formal (art. 469, § 1º) e da redução da remuneração percebida quando o empregado, ocupante de cargo de confiança, retorne à função antes ocupada (art. 468, parágrafo único)[354] – todos dispositivos da Consolidação –, a lei admitiu a existência de uma relação jurídica especial e destacada daquela cuja proteção deva ser intensificada.

Estudou-se, ainda, que não apenas a lei brasileira, mas também as de outros países – Itália, França e Espanha, entre outros – reconhecem essa diferença entre as relações jurídicas mais ou menos fragilizadas no que tange à distribuição do poder entre as partes, conferindo "pacotes" de proteção mais ou menos intensos, a depender da posição em que se encontra o empregado.

---

[354] Essa orientação foi adotada pelo TST ao editar o Enunciado nº 209 reconhecendo a possibilidade de retorno ao salário anterior à função de confiança por decisão unilateral do empregado ("Cargo em Comissão – Reversão – A reversão do empregado ao cargo efetivo implica na perda das vantagens salariais inerentes ao cargo em comissão, salvo se nele houver permanecido dez ou mais anos ininterruptos."). Esse Enunciado, contudo, foi cancelado pela Resolução Adm. nº 81/85, de 3 de dezembro de 1985, mantendo, no entanto, o posicionamento daquela Corte inalterado.

É certo que, muitas vezes, a lei não consegue acompanhar de modo apropriado a evolução dessas relações e, em algumas situações, descreve de forma inadequada a relação jurídica destinatária desta ou daquela proteção. Nessas situações, os atores sociais devem se valer dos instrumentos disponibilizados pela própria lei para suprir essa deficiência, como no caso do modelo italiano em que os acordos coletivos podem descrever as funções que se enquadram como aquelas de atribuição do alto empregado[355].

Em decorrência do exposto, considera-se adequado reconhecer certa ampliação (modulação) da autonomia da vontade em detrimento da hipossuficiência nas relações com os altos empregados. Esse reconhecimento implica atenuar o dirigismo contratual, limitando os atos de disposição apenas para os direitos elencados no núcleo de direitos indisponíveis.

Outra situação de tratamento legal diferenciado soma-se aos já estudados até aqui e evidencia a necessidade urgente de reflexão sobre os direitos trabalhistas na perspectiva de aceitar a viabilidade dispositiva de certos preceitos. É o caso do trabalho infantil em atividades consideradas artísticas.

Como se sabe, o artigo 405 da CLT impede o trabalho do menor – considerado como tal o trabalhador entre 14 e 18 anos, na forma do artigo 402 dessa mesma legislação –, em condições consideradas nocivas ao seu desenvolvimento.

Essa disposição está alinhada com o artigo 7º, inciso XXXIII, da CRFB[356].

Ocorre que o artigo 406 da CLT confere ao Juiz da Infância e da Juventude a competência para decidir pela validação de contrato de trabalho com menores nas

[355] Luisa Galantino, ao comentar o artigo 2.095 do Código Civil italiano, que define os quatro tipos de trabalhadores subordinados – *dirigenti*, *quadri*, *impiegati* e *operai* –, ensina que, embora a lei italiana não tenha definido o conceito de cada um dos empregados destacados, "l'orientamento prevalente della Suprema corte ritiene che, in assenza di critério legali, ai sensi dell´art. 2095, 2º comma c.c., la figura del dirigente debba essere determinata con referimento ai requisiti indicati dalla contrattazione coletiva anche di diritto comune" (GALANTINO, L. *Diritto del lavoro*, p. 282). Tradução livre do original para este trabalho: "A orientação prevalente na Suprema Corte é de que, na ausência de critério legal, no sentido do artigo 2095, § 2º, c.c., a figura do dirigente deve ser determinada em razão dos requisitos indicados pela contratação coletiva, também de direito comum.".

[356] Assim dispõe o texto constitucional: "proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos".

atividades previstas nas alíneas "a" e "b" do artigo 405[357]. São conhecidos casos em que crianças trabalham em jornadas elevadas nas telenovelas e em programas de auditório, além dos trabalhos circenses, ainda existentes nos dias atuais[358].

É evidente que a autorização prevista na legislação para o trabalho infantil está condicionada à presença de certas exigências que garantam o equilíbrio físico, emocional e social daqueles menores. Nem por isso deve-se negar o impacto desse trabalho nas constatações formuladas neste estudo, pois com essa afirmação tem-se por finalidade demonstrar que o Direito não pode ser reconhecido como um arsenal de regras e princípios destinados indistintamente a todos os empregados e que há situações que, vez ou outra, quebram essa falsa imagem de proteção indistinta, mostrando que existe um mecanismo que deve ser mais bem compreendido além dessa monocromática forma de enxergar o Direito e as relações de trabalho.

Com isso, mostra-se adequado analisar o conceito de disponibilidade ou não dos direitos trabalhistas e a possibilidade ou não de modular a autonomia da vontade dos contratantes, no âmbito das relações individuais de trabalho, com o olhar direcionado não para a lei, pois ela não favorece esse diálogo, mas sim para as relações jurídicas submetidas à análise, conferindo certeza a empregados e empregadores, a fim de que consigam antever em que medida sua relação jurídica admite ou não certa disponibilidade.

---

[357] O referido Art. 405 dispõe: "Ao menor não será permitido o trabalho: [...] II – em locais ou serviços prejudiciais à sua moralidade. [...] § 3º Considera-se prejudicial à moralidade do menor o trabalho: a) prestado de qualquer modo, em teatros de revista, cinemas, boates, cassinos, cabarés, *dancings* e estabelecimentos análogos; b) em empresas circenses, em funções de acróbata, saltimbanco, ginasta e outras semelhantes".

[358] O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) também autoriza o trabalho infantil em certas condições. É o que se extrai do artigo 149 da Lei nº 8.069/1990: "Compete à autoridade judiciária disciplinar, através de portaria, ou autorizar, mediante alvará: [...] II – a participação de criança e adolescente em: a) espetáculos públicos e seus ensaios; b) certames de beleza. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores: a) os princípios desta Lei; b) as peculiaridades locais; c) a existência de instalações adequadas; d) o tipo de frequência habitual ao local; e) a adequação do ambiente a eventual participação ou frequência de crianças e adolescentes; f) a natureza do espetáculo". A Convenção nº 138, da OIT, no artigo 8º, também autoriza o trabalho infantil, sob certas circunstâncias e condições: "A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2º da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.".

Nem mesmo a jurisprudência, consolidada por meio de súmulas, rotulou os direitos trabalhistas como indisponíveis. O estudo das Súmulas nos 51, 288 (item II) e 243 do TST mostra exatamente o oposto, quando reconhecem a renúncia como possível nas relações de trabalho, mesmo durante a vigência de um contrato de trabalho. Também o fenômeno da prescrição dos direitos trabalhistas, mesmo os de natureza constitucional, aponta para a disponibilidade de seus preceitos. O mesmo ocorre com a predileção das leis trabalhistas pela conciliação em juízo (arts. 846 e 850 da CLT), não fazendo menção alguma à indisponibilidade de eventuais direitos discutidos.

No âmbito das relações individuais de trabalho, portanto, o conceito de indisponibilidade não encontra abrigo à luz de todos os temas aqui desenvolvidos.

É evidente que a proteção destinada ao trabalhador, oriunda do desequilíbrio de forças na relação de trabalho, aponta para uma teoria hermenêutica que privilegie esse equilíbrio, mas, a partir daí, considerar os preceitos de Direito do Trabalho indisponíveis ou mesmo relativamente indisponíveis é um equívoco que não se deve deixar de refutar.

Aqui, também se refuta a tese de que os direitos trabalhistas admitiriam certa disponibilidade – mas nunca renunciabilidade de seu conteúdo pelo trabalhador isoladamente considerado – com base na análise concreta e factual do ganho experimentado pelo trabalhador no momento da disponibilidade do seu direito, isto é, como apregoa Julio Armando Grisolia, ao analisar o princípio da proteção no Direito argentino, a

> "[...] validez de un acuerdo que modifica condiciones esenciales de trabajo no sólo debe ceder ante la prueba de un vicio de consentimiento del trabajador, una situación de lesión subjetiva o una afectación de los mínimos legales (Vazquez Vialard), sino también cuando el trabajador abdica derechos gratuitamente, a combio de nada"[359].

Refuta-se, pois, essa tese, uma vez que o propósito é assegurar às partes, o quanto possível, a previsibilidade do Direito[360] e, portanto, não faz sentido, para este estudo, a

---

[359] GRISOLIA, J. A. *Derecho del trabajo y la seguridade social*, v. 1, p. 110/111.

[360] Adota-se o conceito de previsibilidade do Direito como definido por Teresa Arruda Alvim Wambier. Para a autora, "Trata-se de um fenômeno que produz tranqüilidade e serenidade no espírito das pessoas, independentemente daquilo que se garanta como provável de ocorrer como valor significativo. Não se trata,

transferência da responsabilidade da ciência para a pragmática, conferindo a responsabilidade ao julgador de avalizar, no momento da solução de um litígio, se a transação ou renúncia ocorreu de maneira a estar presente uma troca ou simplesmente abandono de um direito previsto em lei, como condição para validade do ato.

Esse desejo pela segurança jurídica das relações já foi evidenciado por Luis Recaséns Siches como um desejo

> "[...] a buscar el amparo del grupo social mediante normas e instituciones de Derecho positivo. En efecto, el deseo de seguridad es uno de los motivos radicales que lleva el hombre a producir Derecho positivo, gracias al cual pueda, hasta cierto punto, estar cierto y garantizado respecto de la conducta de los otros, y sepa a qué atenerse respecto de lo que uno pueda hacer en relación con ellos, y de lo que ellos puedan hacerle a uno"[361].

Assim, muito embora se persiga dinamizar o Direito para além da normatividade, aproximando-o do sistema da *commom law*, a fim de conferir maior poder e liberdade ao julgador, não se mostra adequado admitir que o julgador, casuisticamente, recorra a axiomas, muitos de natureza pessoal, imprevisíveis aos cidadãos, para determinar se certo ajuste de vontades é válido ou não, mediante o confronto de vantagens oferecidas em substituição a outras já adquiridas pelo trabalhador e que incomodam, em certas circunstâncias, o empregador.

Essa técnica de validação do ajuste de vontade casuístico viola frontalmente a garantia da previsibilidade do Direito e o próprio texto constitucional que normatiza o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CRFB).

Portanto, exceção feita aos direitos relativos à saúde, vida, intimidade, dignidade e personalidade, todos os demais direitos, para se considerar disponíveis ou não, devem ser decididos em confronto com a relação jurídica a que se está submetendo a análise. Deve-se, pois, contextualizar seus limites e efeitos, a fim de permitir maior dinamismo ao Direito, sem perder sua certeza, na medida em que se conhecerão, *ex lege*, as relações jurídicas em que a disponibilidade estará ou não presente. Nessa proposta, o texto legal ganha papel acidental na descoberta da disponibilidade do seu preceito, aliás, como

---

pois, de segurança da expectativa de que tudo deva ficar como está" (WAMBIER, T. A. A. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 57/58).

[361] SICHES, L. R. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006. p. 63.

evidencia o discurso pós-positivista[362], e o questionamento passa a ser sobre a relação jurídica analisada.

Nesse novo olhar, torna-se necessário reconhecer que as relações de emprego dos altos empregados exige releitura do sistema de proteção destinado a eles, reconhecendo-se o equívoco em não os diferenciar substancialmente dos demais empregados. Deve-se admitir não fazerem parte do rol típico de empregados destinatários da proteção limitante do Estado, abrindo-se, com isso, a oportunidade para utilização da autonomia da vontade, sempre na perspectiva desenvolvimentista. Com essa postura, promove-se a aproximação, o quanto possível, dos sujeitos das relações contratuais civis – de onde se origina o contrato de trabalho –, responsáveis por suas decisões na sociedade cuja democracia se orgulha de coexistirem, no mesmo texto constitucional, os valores sociais e da livre iniciativa, como se observa da orientação do artigo 1º, inciso IV, e do artigo 170, ambos da CRFB.

Até mesmo a identificação da fraude, que na Consolidação ganha destaque com o artigo 9º, deve submeter-se a esse confronto. No caso, portanto, de se tratar de um pacto celebrado entre empregador e empregado típico, envolvendo direitos indisponíveis – aí sim a expressão ganha sentido – cuja relação jurídica a dogmática reconhece prevalecer o dirigismo estatal em detrimento da autonomia, o intérprete deverá considerar a fraude presumida, *tout court*, admitindo-se, por óbvio, a prova em contrário.

Se, contudo, houver envolvimento de interesses de terceiros nesse pacto, como na disputa judicial pelo reconhecimento da relação de emprego, liberação de benefícios de seguro-desemprego ou saque do saldo do FGTS, a presunção de fraude, ou melhor, a ilegalidade do pacto ganha contornos mais contundentes (*iure et de iure*). Diz-se isso porque nesses casos há interesses sociais, públicos e difusos, cuja disponibilidade depende do aval do Estado, não representado pelo juiz, mas pelo gestor do recurso em discussão

[362] Para compreensão mais profunda do que se pretende com a expressão, veja-se FARALLI, C. *A filosofia contemporânea do direito* – temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

que, como se sabe, não participa, como regra, das relações processuais trabalhistas no Brasil[363].

No Direito espanhol, essa situação já se encontra solucionada com a vigência da *Ley de Procedimiento Laboral* (Lei nº 36/2011)[364]. Com ela, acordos judiciais ou decisões dos magistrados investidos da competência laboral ganham respaldo na medida em que todos os interessados se encontram regularmente representados nas demandas judiciais e podem exercer, de forma plena, o direito de defesa e do contraditório.

Curioso mostra-se o comportamento forense brasileiro que reconhece a hipossuficiência do trabalhador no exercício precário da sua autonomia da vontade, limitando ao extremo sua capacidade dispositiva, mas ignora a dicção da parte final do artigo 8º da CLT, que manda a autoridade judiciária ou administrativa considerar a supremacia do interesse público na análise do Direito a ser aplicado. O resultado disso, muitas vezes, são condenações ou homologações de acordos que oneram sobremaneira o Estado, com liberações de alvarás judiciais para movimentações de depósitos em contas do

---

[363] Luiz de Pinho Pedreira da Silva, ao comentar sobre a irrenunciabilidade como princípio de Direito do Trabalho, ensina que "são sempre irrenunciáveis pelo empregado os direitos de terceiros, como o direito de familiares à pensão ou ao auxílio-funeral e aqueles que sejam também dos companheiros de profissão do empregado, direitos coletivos como a liberdade sindical e a greve, estes, aliás, mais do que irrenunciáveis, indisponíveis como, aliás, os de previdência social" (PEDREIRA DA SILVA, L. de P. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. p. 132).

[364] Artigo 23 da Ley nº 36/2011: "Intervención del Fondo de Garantía Salarial. 1. El Fondo de Garantía Salarial, cuando resulte necesario en defensa de los intereses públicos que gestiona y para ejercitar las acciones o recursos oportunos, podrá comparecer como parte en cualquier fase o momento de su tramitación, en aquellos procesos de los que se pudieran derivar prestaciones de garantía salarial, sin que tal intervención haga retroceder ni detener el curso de las actuaciones. 2. En supuestos de empresas incursas en procedimientos concursales, así como de las ya declaradas insolventes o desaparecidas, y en las demandas de las que pudiera derivar la responsabilidad prevista en el apartado 8 del artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el secretario judicial citará como parte al Fondo de Garantía Salarial, dándole traslado de la demanda a fin de que éste pueda asumir sus obligaciones legales e instar lo que convenga en Derecho. Igualmente deberán ser notificadas al Fondo de Garantía las resoluciones de admisión a trámite, señalamiento de la vista o incidente y demás resoluciones, incluida la que ponga fin al trámite correspondiente, cuando pudieran derivarse responsabilidades para el mismo. 3. El Fondo de Garantía Salarial dispondrá de plenas facultades de actuación en el proceso como parte, pudiendo oponer toda clase de excepciones y medios de defensa, aun los personales del demandado, y cuantos hechos obstativos, impeditivos o modificativos puedan dar lugar a la desestimación total o parcial de la demanda, así como proponer y practicar prueba e interponer toda clase de recursos contra las resoluciones interlocutorias o definitivas que se dicten.".

FGTS, isenções de custas e emolumentos judiciais ou até mesmo o afastamento do reconhecimento do vínculo de emprego pelo mero desejo das partes envolvidas.

As partes não teriam, nessa visão, direito ou capacidade de transigir sobre temas dessa natureza, bem como o juiz não poderia encaminhar o processo à conciliação, contrariando, assim, a tese da validade dos acordos se houver *res dubia*, que favoreceria sua viabilidade jurídica sobre parcelas dessa natureza.

Nos demais casos, em que a subordinação é mitigada, deve o pacto ser presumidamente válido, admitindo-se a existência da fraude mediante distribuição ordinária do ônus da prova, na forma dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC brasileiro.

Embora a legislação pátria não tenha avançado na descrição dessas espécies diferenciadas de relações jurídicas de emprego, a legislação estrangeira já as reconhece. Essa nova *tipologia contratual* tem demonstrado que o trabalhador parassubordinado, figura construída no Direito italiano, ou o Trabalhador Autônomo Dependente (Trade), no Direito espanhol, já são considerados empregados especiais[365].

Esses "novos" empregados do Direito estrangeiro vêm recebendo proteção diferenciada, de modo a reconhecer maior autonomia em comparação com os empregados típicos.

No sistema italiano, a tutela aos trabalhadores parassubordinados encontra disciplina bem definida[366]; seus direitos englobam a greve, os acordos coletivos de trabalho e o mecanismo processual de solução de litígios destinados aos demais empregados, assim

---

[365] Em relevante monografia sobre o tema da parassubordinação, Otavio Pinto e Silva, ao defini-la, ensina que "trata-se de trabalhadores que não dispõem de instrumentos de produção tradicionais mas que possuem uma 'nova riqueza': um patrimônio de conhecimento, de *know how*, de especialização profissional, que os torna capazes de fornecer um resultado, um serviço, um programa, sem a necessidade da rigorosa direção que tipifica o trabalho subordinado. Esses trabalhadores necessitam coordenar-se de modo estável e continuado com as empresas para desenvolver suas atividades pessoais" (SILVA, O. P. e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004. p. 115).

[366] Embora, como bem salienta Rena Orsi Bulgueroni, os limites de proteção do trabalho parassubordinado ainda encontrem muitas divergências entre juristas que procuram ampliar, o quanto possível, os sistemas de proteção desses trabalhadores (BULGUERONI, R. O. Parassubordinação: origens, elementos, espécies e tutela. In: MANNRICH, N. (Coord.). *Reforma do mercado de trabalho*: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010. p. 129-132).

como a garantia contra renúncia e transação de direitos trabalhistas inderrogáveis, previstos no artigo 2.113 do Código Civil italiano.

O presente estudo não é elencar taxativamente as relações nas quais o dirigismo contratual não se mostra aconselhável, mas apenas reconhecer que há determinados empregados – e aqui se propõe a admissão dos altos empregados nesse rol – aos quais não se justifica a restrição da autonomia da vontade sobre certos direitos, dado que a intensa proteção surgiu e se mantém até os dias atuais, assentada na ideia de fragilidade do empregado diante do poderio econômico do empregador. Poderio esse que o constrange e o obriga à prática de certos atos que, se não houver o limite imposto, poderão redundar nos mesmos erros cometidos no auge do liberalismo, mas que, nas circunstâncias aqui evidenciadas, não só não fazem sentido como também reprimem o desenvolvimento das relações, causando insegurança e injustiça, na medida em que considera em paridade figuras bem distintas.

É imperativo registrar, contudo, uma ressalva. Não se quer afirmar que os empregados diferenciados, como se busca reconhecer nos chamados altos empregados, não estejam incluídos na "proteção" – que não deve ser entendida como tal, mas como limitação – do artigo 468 da CLT, que impede a mudança lesiva dos contratos individuais.

Faz-se necessário reconhecer que os atos de disposição podem ocorrer, individualmente, no momento da celebração do contrato ou após sua extinção. Em ambos os casos, esses empregados não teriam os mesmos limites impostos aos empregados típicos, mas apenas aquelas restrições aqui evidenciadas, como, *v.g.*, o núcleo dos direitos indisponíveis ou aqueles que envolvem diretamente interesses de terceiros, como nos casos de disposição de direitos que resultam em prejuízo ao Estado.

Capítulo 4

PROPOSTA DE VALIDADE JURÍDICA DA MODULAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

4.1 Análise da Visão Tradicional

Sabe-se que a análise de uma proposta que tenha por finalidade modificar a realidade de dada cultura jurídica em certo momento histórico passa, necessariamente, por uma resistência natural. A proposta que este estudo aspira formular a seguir enfrenta esse mesmo desafio, mas parte da premissa de que "se muda a realidade social, o direito deve renovar-se"[367].

Quando Cesarino Júnior realçou a diferença econômica entre o empregado e o empregador para justificar a teoria da hipossuficiência[368], a doutrina que se seguiu tratou de aumentar, cada vez mais, o abismo entre a autonomia da vontade e os contratos de trabalho.

A fracassada proposta revolucionária do liberalismo de privilegiar a autonomia da vontade nas relações privadas, como corolário máximo da liberdade, subjugou-se ao capitalismo, que explorou a mão de obra a ponto de comprometer garantias indispensáveis à manutenção de uma sociedade livre e cumpridora dos ideais que motivaram aquela mesma Revolução.

Para assegurar o contínuo processo de desenvolvimento social o Direito sacrificou, em parte, a autonomia da vontade em certas relações jurídicas, em especial as relações de trabalho.

---

[367] ROMITA, A. S. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*, p. 40.

[368] CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*, p. 25.

Os limites desse sacrifício foram, em certa medida, mais ou menos estendidos, a depender da cultura de cada sociedade. Orlando Gomes e Elson Gottschalk chegam a afirmar que a garantia do desenvolvimento social implica o reconhecimento de que o contrato de trabalho passou a ser um contrato de adesão[369].

Os sistemas de alguns países da América Latina analisados, incluindo o Brasil, marcados pela influência da doutrina de Plá Rodrigues e seus *Princípios de Direito do Trabalho*, acentuaram muito a proteção estatal sobre a autonomia da vontade nesses contratos, o que conferiu uma característica marcante ao Direito brasileiro, que é o dirigismo contratual.

Os princípios de Direito do Trabalho, somados à teoria de Godinho Delgado sobre o *patamar civilizatório mínimo*[370] e a ideia do não retrocesso dos direitos sociais, contribuem para a construção de uma dogmática jurídica que se opõe a qualquer conceito que admita a validade da transação, renúncia ou pacto que implique afastamento de normas destinadas à proteção do trabalhador.

Essa corrente demonstra orientar boa parte da jurisprudência, como se verifica nos seguintes acórdãos:

> "Aviso prévio. Irrenunciabilidade. O direito ao aviso prévio é irrenunciável, como são, via de regra, todos os direitos trabalhistas previstos em lei. Assim, a liberação do cumprimento do aviso prévio pela empresa, a empregado dispensado a pedido, não a exime do pagamento dos valores pecuniários pertinentes, irrenunciáveis. Gerente. Horas extras. Matéria estritamente de prova. Recurso em parte conhecido e provido."[371]

---

[369] Em análise da evolução das relações de trabalho os autores afirmam que "o contrato de trabalho convertera-se em *ato de adesão* do trabalhador a condições impostas discricionariamente pela outra parte. Para impedir que as massas sofressem os efeitos dessa escravidão, a lei conferiu aos trabalhadores certos direitos, prerrogativas e vantagens, as quais figuram, nos quadros do civilismo, como restrições à liberdade de estipulação do conteúdo da relação de trabalho" (GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*, 16. ed., p. 107).

[370] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 217.

[371] Tribunal Superior do Trabalho, 2ª Turma, Processo RR 57.285/92.3. Acórdão nº 3255/93. Relator Ministro Ney Proença Doyle. Publicado no *Diário de Justiça* 26.11.93. A Súmula nº 276 do TST já prescreve: "Aviso Prévio – Pedido de Dispensa de Cumprimento – Pagamento. O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o valor respectivo, salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego." (Res. 9/1988, DJ 01.03.1988 – Mantida – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003). Há outras manifestações da jurisprudência no mesmo sentido: "Aviso prévio. Direito irrenunciável. Rescindindo o contrato de trabalho mediante acordo, este não atinge o aviso prévio, por constituir-se em direito irrenunciável do empregado.

> "Garantia de emprego. Recebimento de verbas rescisórias pela dispensa imotivada, sem ressalva. Renúncia tácita ao emprego não configurada. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas continua sendo uma das notas fundamentais e específicas do Direito do Trabalho. A renúncia aos direitos trabalhistas após a cessação do contrato de trabalho continua em princípio vedada, vez que seu caráter alimentar não desaparece com o fim da subordinação direta do empregado a seu empregador e o recebimento das verbas rescisórias constitui, na maioria das vezes, a garantia de subsistência do obreiro até a obtenção de novo emprego. Se a renúncia tácita pode ser deduzida de certos atos do trabalhador que evidenciem seu propósito de privar-se de determinados direitos, por outro lado não pode ela ser simplesmente presumida ou suposta somente porque a reclamante recebeu suas verbas rescisórias decorrentes de sua dispensa imotivada quando era detentora da garantia de emprego assegurada pelo artigo 55 da Lei nº 5764/71. Quando se trata de renúncia ao próprio emprego, é indispensável que não paire qualquer dúvida quanto à autenticidade da vontade do trabalhador em querer terminar com o contrato de trabalho existente."[372]

Ao se contextualizar o Direito do Trabalho sob a égide dos ideais de irrenunciabilidade, indisponibilidade e proteção – para citar apenas alguns dos princípios mais recorrentes dessa doutrina –, tem-se que o Direito do Trabalho, na visão tradicional, caracteriza-se por um conjunto de normas (regras e princípios), destinadas à proteção e, como tal, não admite largos espaços para a autonomia da vontade.

Cesarino Júnior leva ao extremo essa concepção ao afirmar que, mesmo diante de um trabalhador de baixa dependência econômica – referencial de sua época –, as leis trabalhistas devem ser invocadas na mesma intensidade de proteção e restrição utilizada em favor do altamente dependente[373].

Essa concepção conduz ao reconhecimento de que a função do Direito do Trabalho é de mero produtor de normas destinadas a proteger o empregado, negando-se, com isso, a viabilidade de uma profunda reforma que privilegie a modernização e adequação dos

---

Recurso conhecido e provido." (TST – RR 67.543/93.6. Ac. 3173/93 – Rel.: Min. Almir Pazzianotto – *DJ* 12.11.93).

[372] TRT – 3ª Região – 3ª Turma – RO 16.119/95. Relator Juiz (convocado) José Roberto Freire Pimenta, julgado em 13.9.96.

[373] "A hipossuficiência absoluta se caracteriza pelo fato de o indivíduo *depender do produto do seu trabalho* para manter-se e à sua família. [...] Isso não impede, entretanto, visto como a lei dispõe para a generalidade dos casos – *quod plerumque fit* – e não para as exceções, que excepcionalmente, uma pessoa econômicamente mais forte possa ser protegida pelas leis sociais: bastará para isto que se coloque na posição de um econômicamente fraco. Assim é que, por exemplo, o milionário empregado de uma fábrica poderá invocar a proteção das leis trabalhistas" (CESARINO JÚNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*, v. 1, p. 26, sem grifo no original).

institutos de Direito do Trabalho, ao contrário, admite como possíveis mudanças apenas aquelas "efêmeras medidas de efeitos ilusórios"[374].

A dissenção jurisprudencial existente revela a necessidade de questionar a supremacia dessa corrente restritiva nos dias atuais. Some-se a isso o fato de que o Direito estrangeiro vem evoluindo no que diz respeito a reconhecer certa mudança nas relações de trabalho.

4.2 Necessário Rompimento: Proposta para Reconhecimento da Modulação da Autonomia da Vontade

Conforme assinalado, a visão tradicional apregoa a restrição da liberdade de contratar nas relações de emprego lastreada na ideia de que a supremacia econômica do empregador sufoca a livre manifestação da vontade do empregado.

Essa cega orientação não distingue os diversos tipos de empregados existentes na atualidade, nem tampouco reconhece a capacidade dispositiva em relações de emprego de baixa subordinação, mantendo-se desconectada da própria origem racional da teoria – alta dependência corresponde a baixa autonomia.

O julgado a seguir revela uma situação curiosa:

> "É empregado de alta hierarquia o 'diretor' de sede brasileira indicado por matriz estrangeira, para implementar estratégia do grupo econômico internacional em território nacional, *mesmo que sua subordinação esteja restrita à matriz*, porque excede a obediência ao estatuto da sociedade."[375]

A ementa reproduzida indica a tendência de estender, o quanto possível, a mesma malha protetora indistintamente a todas as espécies de empregados, que, como visto, não

---

[374] NASCIMENTO, A. M. *Iniciação ao direito do trabalho*, p. 36.

[375] Proc. 00379199604302006 – Ac. 20080431024. Rafael E. Pugliese Ribeiro, em acórdão unânime da 6ª Turma do TRT da 2ª Região, publicado no *Diário Oficial Eletrônico* em 30/05/2008 (sem grifo no original).

demonstram merecer o mesmo tratamento, até porque o Direito do Trabalho reconhece não apenas a diferença entre empregados como também a diferença entre empregadores.

Nota-se pela referida ementa que a Justiça do Trabalho reconheceu vínculo de emprego entre um trabalhador (alto emrpegado) e uma empresa mesmo ausente a subordinação. É que o pacto havia sido celebrado fora do País, diretamente com a matriz, local em que sua subordinação se realizava. Essa tendência em estender o laço jurídico para além dos limites aparentemente descritos na lei diz muito sobre a forma de pensar o Direito do Trabalho na visão tradicional.

Em face dessa orientação, Amauri Mascaro Nascimento chega a afirmar que

> "[...] o empregado exercente de cargo de confiança só pode ser considerado um tipo especial de empregado num ponto, a restrição de direitos trabalhistas que sofre, no mais em nada diferindo do empregado comum, a não ser, também, pelas vantagens econômicas inerentes ao cargo."[376]

É, contudo, adequado reconhecer a urgência de uma visão mais adaptada às relações do cotidiano.

Os números exorbitantes de ações judiciais que ingressam anualmente na Justiça do Trabalho brasileira – hoje na casa dos 3,2 milhões, com taxa de crescimento superior a oito por cento ao ano[377] –, a inexistência de sistemas de solução extrajudicial de conflitos de trabalho e as diversas formas de trabalho subordinado da atualidade, clamam por uma visão evoluída dessa relação jurídica.

A fase uniforme, unidirecional e autoritária da legislação trabalhista, nas palavras de Arion Romita, já se findou[378].

A oscilação jurisprudencial evidenciada anteriormente retrata com fidelidade a necessidade de revisão desses dogmas da visão tradicional. Vejam-se, a propósito, as seguintes ementas:

---

[376] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*, 26. ed., p. 666.

[377] Relatório estatístico disponível em: <www.tst.gov.br>. Acesso em: 21 out. 2013.

[378] ROMITA, A. S. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*, p. 62.

> "ESTABILIDADE. ACIDENTE DE TRABALHO. RENÚNCIA. Ainda que haja predominância no Direito do Trabalho do princípio tutelar à parte hipossuficiente na relação empregatícia, não se pode presumir, só por isso, que tenha havido vício de manifestação no ato de declaração de renúncia à estabilidade acidentária, feita pelo empregado, mormente, quando o termo de renúncia e o termo de rescisão contratual foram homologados pelo seu sindicato de classe, sem nenhuma ressalva. Recurso de revista conhecido e provido."[379]

> "Estabilidade. Renúncia. Embora a irrenunciabilidade constitua um dos princípios basilares do Direito do Trabalho, a renúncia vem sendo admitida, em caráter excepcional, quando o empregado se manifesta livremente e de forma expressa perante o Juízo, despojando-se de um direito que lhe é assegurado por norma imperativa. Se a reclamada colocou o emprego à disposição do obreiro, por duas vezes, e ele se recusou a aceitá-lo, sem comprovar a incompatibilidade entre as partes, não prospera a conversão da reintegração assegurada pela Lei 8.213/91 em indenização."[380]

Os casos apontados não são isolados. Há grande divergência jurisprudencial e doutrinária sobre a extensão do dirigismo estatal nos contratos de trabalho. Outras evidências desse choque serão levantadas neste capítulo, como a capacidade de contratação da cláusula compromissória e do compromisso arbitral nos contratos de trabalho.

A Súmula nº 51 e a nova Súmula 288, ambas do TST, também mostram-se bem oportunas e demonstram a necessidade de pacificação do tema relativo à disposição de regras jurídicas no contrato de trabalho. As duas Súmulas possuem, no item II, a expressão do que é mais abominado pela visão tradicional sobre a indisponibilidade de direitos, pois afirmam a validade jurídica do instituto da renúncia no curso do contrato de trabalho de vantagens conferidas por regulamento de empresa[381].

---

[379] Tribunal Superior do Trabalho, Processo RR 8873800-67.2003.5.04.0900, Relator Ministro Vantuil Abdala, Data de Julgamento: 26/09/2007, 2ª Turma, Data de Publicação: *DJ* 22/10/2007.

[380] Tribunal Regional do Trabalho, 3ª Região – 2ª Turma. Processo: RO-6908/95 – Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros – julgado em 18.8.95.

[381] Súmula nº 51 do TST: "Cláusula Regulamentar – Vantagem Anterior I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro." (ex-Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1 – inserida em 26.03.1999 e incorporada pela Resolução nº 129/2005, *DJ* 20, 22 e 25.04.2005). Súmula nº 288 do TST: "Complementação dos proventos da aposentadoria. I – A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito. II – Na hipótese de coexistência de dois regulamentos de planos de previdência complementar, instituídos pelo empregador ou por entidade de previdência privada, a opção do beneficiário por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro" (inserção do item II à redação – Res. nº

Na mesma direção encontra-se a Súmula nº 243 do referido Tribunal[382].

A proposta tem a finalidade de assegurar, quando do uso da técnica aqui defendida – qual seja, a de que certas relações jurídicas trabalhistas admitem espaço à autonomia da vontade das partes –, que o objeto da disponibilidade, quer seja mediante transação, quer seja pela renúncia, sempre esteja acompanhado de circunstâncias previamente conhecidas (privilégio da previsibilidade do Direito) e que dará ao cidadão (trabalhador ou empregador) a garantia de que esse ato, se obedecidas a tais circunstâncias, será reconhecido pelo Direito como válido e produtor de efeitos jurídicos. Com isso, estar-se-ia reconhecendo uma nova fase do Direito do Trabalho, a qual admite a maturidade de certos conceitos e a necessidade de se caminhar para a modelação de uma dogmática jurídica que faça frente aos novos tempos.

Claro que a proposta reconhece a inadequação do estágio atual do desenvolvimento social e jurídico e das instituições pertinentes (sindicato, Justiça do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego) em oposição ao ideal (ou não) de liberdade plena.

Não se espera, aqui, reconhecer a viabilidade de uma proposta de mudança radical do modelo intervencionista estatal para o de liberdade individual ou coletiva, nos moldes fracassados do Liberalismo, aliás, como bem pondera Ney Prado em sua análise sobre as mudanças possíveis no modelo tradicional de relações de trabalho[383].

Sabe-se que a liberdade plena só é admitida em um estágio de desenvolvimento que fomente a igualdade, a boa-fé e a plena capacidade sindical de maneira a fortalecer o equilíbrio de forças – o que não é o caso da sociedade brasileira hodierna. Esse estágio ainda não pode ser vislumbrado, mesmo assim se reconhece o avanço até aqui obtido – avanço esse que permite caminhar no sentido de reconhecer a validade de certas práticas

---

193/2013, DEJT divulgado em 13, 16 e 17.12.2013.) Aqui vale ressaltar que o item II, da Súmula nº 288, fora recentemente introduzido (Res. nº 193/2013), demonstrando a atualidade da divergência de posições sobre a irrenunciabilidade e indisponibilidade dos direitos da relação de emprego.

[382] Súmula nº 243 do TST: "Opção do Funcionário Público pelo Regime Trabalhista – Supressão das Vantagens Estatutárias. Exceto na hipótese de previsão contratual ou legal expressa, a opção do funcionário público pelo regime trabalhista implica a renúncia dos direitos inerentes ao sistema estatutário." (Resolução nº 15/1985, *DJ* 09.12.1985).

[383] MARTINS FILHO, I. G.; MANNRICH, N.; PRADO, N. (Coords.). *Os pilares do direito do trabalho*. São Paulo: Lex Magister, 2013. p. 592/593.

enquanto se aguarda o utópico estágio de evolução das relações humanas de que falava Kant em seu imperativo categórico.

Situação já analisada neste estudo e que demanda grande preocupação é exatamente a figura oposta, ou seja, a de que independentemente do negócio jurídico que se faça, sempre se estará a esperar um aval, uma chancela do Estado-Juiz, que pode, de acordo com suas experiências pessoais, valores e conceitos, escolher por validar (ou não) um negócio motivado pela autonomia da vontade das partes.

Para que a autonomia da vontade das partes, em especial do empregado, destinatário da limitação dispositiva de seus direitos, seja reconhecida como válida faz-se necessária, portanto, a observância concumitante das seguintes circunstâncias: (i) capacidade do agente, forma prescrita ou não vedada por lei, objeto lícito; (ii) boa-fé; (iii) respeito irrestrito ao núcleo indisponível de direitos; (iv) limitação das alterações lesivas no curso do contrato individual de trabalho; e (v) especial atenção aos altos empregados.

Passa-se, a seguir, ao exame de cada uma dessas circunstâncias.

4.2.1 Capacidade do Agente, Forma Prescrita ou não Vedada por Lei, Objeto Lícito

A capacidade, como "a aptidão de alguém para exercer por si os atos da vida civil"[384], deve estar inexoravelmente presente, assim como os demais elementos extrínsecos e intrínsecos[385] necessários à validade de qualquer negócio jurídico, segundo determina o artigo 104 do Código Civil brasileiro. A obediência irrestrita a esses pressupostos é inescusável para qualquer ato de disponibilidade que se pretenda fazer mediante o instituto da transação, pois, como negócio jurídico que é, está ela circunscrita a esses limites.

---

[384] BEVILACQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 72.

[385] GOMES, O. *Contratos*, p. 44.

Por força da disposição contida no artigo 7º, inciso XXXIII, da CRFB, modificado pela Emenda Constitucional nº 20/1998, não é possível formalizar contrato de trabalho com menor de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dee 14 anos. Portanto, sendo considerado menor o trabalhador com idade inferior a 18 anos, sua vontade deverá ser externada validamente, mediante representação.

Embora o contrato de trabalho seja conduzido pela informalidade, e seus termos possam, segundo os artigos 442 e 443 da CLT, ser pactuados informalmente e até de maneira tácita, não se mostra adequado que a disponibilidade de direitos trabalhistas possa ser também assim tratada.

A informalidade tem o objetivo de fomentar da maneira menos burocrática possível a criação e manutenção do vínculo de emprego entre as partes, facilitando sua constituição e desenvolvimento. O mesmo não se espera no tocante à disposição de direitos, dado tratar-se de situação excepcional e que, por atuar em terreno arenoso, deve primar pela fundação sólida de suas garantias de licitude.

Ao se observar as vezes em que a lei tratou de autorizar o negócio jurídico nas relações de trabalho de forma a modificar o que já estava estabelecido, como no caso do acordo de compensação de horas de trabalho e da jornada superior ao limite de seis horas para os turnos de revezamento ininterrupto (art. 7º, XIII e XIV, da CRFB), ou nos casos de compensação anual de horas de trabalho, como no chamado "banco de horas" (art. 59 da CLT), o fez sempre condicionando à formalidade do ato, mediante prescrição da forma escrita com regra.

Nesse sentido é que, por meio das experiências já consagradas pela legislação, propõe-se que na disponibilidade do direito nos negócios jurídicos seja sempre observada a forma escrita. Igual tratamento deve ser dispensado aos atos de renúncia.

Isso inclui a obediência à solenidade nos instrumentos normativos negociados. Com base no que já foi objeto de estudo anteriormente, afirma-se que os acordos e convenções coletivas de trabalho dependem da observação da solenidade imposta pela lei (art. 614 da CLT) como dupla garantia: a formalização das condições ajustadas, permitindo a adequada compreensão do pacto, e o registro (solenidade), possibilitando aos órgãos pertinentes

(Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério Público do Trabalho) aferirem a pertinência legal daquilo que foi objeto do pacto.

4.2.2 Boa-fé

O artigo 422 do Código Civil brasileiro impõe aos contratantes a observância desse preceito ético que muito contribuiu para o ensino da função social do contrato. Na lição de Maria Helena Diniz, as partes devem "agir com honradez, denodo, lealdade, honestidade e confiança recíproca", tanto na contratação quanto na execução[386].

Délio Maranhão ressalta o sentido ético[387]. Para o autor, a boa-fé se assemelha a um *stantard* de comportamento esperado em todo negócio jurídico desde os antigos romanos. Sem ela o negócio se torna inexequível[388].

Para a Consolidação, os negócios jurídicos realizados com má-fé são fraudulentos e nulos, resultando na aplicação substitutiva da lei ao pacto celebrado com vícios (art. 9º). A boa-fé pressupõe, assim, a disposição inequívoca das partes em realizar um negócio jurídico mediante intenções recíprocas não reprováveis. De tão relevante, a temática da boa-fé também assumiu caráter jurídico, passando a constar dos textos legais como requisito de validade dos atos de disposição.

Conclui-se, de partida, que o objeto de negócio jurídico que disponha sobre direitos da relação de emprego deve passar, como todo negócio passa, pelo crivo da boa-fé.

---

[386] DINIZ, M. H. *Código civil anotado*, p. 406.

[387] SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, p. 251.

[388] Adverte Otávio Pinto e Silva 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" (SILVA, O. P. e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 108-109).

4.2.3 Respeito Irrestrito ao Núcleo Indisponível de Direitos

Além da boa-fé, é necessário observar que os negócios jurídicos, e mesmo a renúncia, passam pela aferição da presença ou não daquele direito objeto da renúncia ou da transação, no núcleo indisponível de direitos.

Após longo posicionamento sobre a disponibilidade dos direitos trabalhistas, foi afirmado que existe um grupo mais ou menos definido de direitos que se encontram revestidos por um invólucro que não permite nenhum ato de disposição de seus conteúdos.

Assim ocorre, *v.g.*, com o direito à vida. O titular do direito à vida tem pleno gozo desse direito; contudo, o valor embutido nesse direito é tão profundo e relevante para a manutenção da sociedade equilibrada que é retirado, do titular, o direito de dele dispor.

Conforme assinalado neste estudo, na esfera das relações de trabalho esse primado é estendido, contemporaneamente, não apenas à vida, mas também à saúde, à dignidade, aos direitos da personalidade, aos direitos sindicais, entre outros.

A limitação aqui imposta deve ser observada mesmo que a transação ou a renúncia sejam submetidas a Juízo, como trata o artigo 831, parágrafo único, da CLT. Quer-se afirmar, como isso, que nem em Juízo os direitos indisponíveis podem admitir disposição pelo seu titular, pois a indisponibilidade não é efeito gerado pela opressão econômica do empregador, mas decorre da lei trabalhista ou da lei comum que o prescreve como tal.

Não há preceito no ordenamento jurídico trabalhista que autorize ao juiz a homologar disposição de direitos indisponíveis. Há, sim, norma que recomenda e exorta o magistrado a diligenciar em prol da conciliação entre as partes (artigos 764, 846 e 850 da CLT), mas essa exortação não conduz à ficção de que estaria o magistrado autorizado a homologar qualquer tipo de conciliação, como se fosse possível, *v.g.*, homologar acordo em que o empregador pague complemento salarial em troca do não fornecimento de equipamentos de proteção individual a certo empregado exposto a determinado agente insalubre.

A capacidade dispositiva de direitos das relações de trabalho está circunscrita àqueles que não são indisponíveis, melhor explicando, aos direitos não pertencentes ao núcleo indisponível, cuja definição e abrangência encontram-se descritos com mais detalhes no Capítulo 2 deste estudo.

4.2.4 Limitação das Alterações Lesivas no Curso do Contrato Individual de Trabalho – Respeito ao Artigo 468

A proposta de reconhecimento de que certos direitos da relação de emprego não são indisponíveis não tem a pretensão de invalidar a regra contida no artigo 468 da CLT. Sabe-se que a regra em questão positiva o princípio da imodificabilidade lesiva do contrato de trabalho. As modificações contratuais (unilaterais ou bilaterais) cingem-se a modificar o contrato individual de trabalho *in melius* e nunca *in pejus*, quer pela regência dos contratos orientados pelo brocardo *pacta sunt servanda*, quer pela evidente supremacia patronal que compromete a liberdade e a autonomia do ato de disposição do emprego.

Em face da previsibilidade textual, em lei, da restrição às modificações lesivas, não se pode pretender, com rigor metodológico, que o empregado, no curso do contrato de trabalho, individualmente considerado, possa deixar de gozar de direitos já adquiridos na relação de emprego, sejam eles contratuais ou legais. A exceção a essa indisponibilidade reserva-se aos casos previstos na própria lei.

Aqui, vale ressaltar que a lei (art. 468 da CLT) impede as modificações do contrato individual de trabalho consideradas lesivas direta ou *indiretamente* em relação ao empregado. Embora pouco explorado pela doutrina o *prejuízo indireto* de que trata o artigo 468 da CLT, ele é bastante amplo e admite uma miríade de situações em que o empregado se considere prejudicado pela modificação instituída por mútuo consentimento. Aqui, ignoram-se, para efeito da pesquisa, as alterações unilaterais (*jus variandi*), por razões óbvias.

É importante discriminar que o *prejuízo indireto* a que alude o artigo 468 da CLT é diferente do *prejuízo direto* mencionado nesse artigo, pois este deve ser provado pelo empregado em demanda judicial que pleiteie a nulidade de cláusula contratual introduzida após a celebração do contrato.

O prejuízo indireto possui interpretação bastante ampla. Consoante redação do artigo 468, a prova do prejuízo, nessa modalidade, não precisa ser produzida. Se o empregado fosse obrigado a provar a existência do prejuízo efetivo para pleitear anulação da alteração por esse argumento (*prejuízo indireto*), estar-se-ia diante do outro requisito trazido pelo artigo em comento, o do *prejuízo direto* – este, sim, sujeito a prova de sua incidência. O *prejuízo indireto* não admite comprovação, mas presunção, sempre a cargo do magistrado, diante de situação levada a Juízo. Com isso, até mesmo a introdução do regime de compensação de horas da semana, com folgas aos sábados, *v.g.*, após a celebração do contrato de trabalho, poderia constituir alteração lesiva do contrato de trabalho.

Por isso, a restrição acerca da disponibilidade de direitos no curso da relação de emprego é séria e encontra barreira na legislação vigente. Em razão disso, os empregados típicos, cuja subordinação é a marca característica de sua relação, estão limitados, no curso do contrato de trabalho, a dispor de seus direitos legais e contratuais, em observância ao disposto no artigo 468 da CLT. Já os altos empregados, detentores de certas condições específicas, a subordinação é um elemento importante do seu vínculo jurídico, contudo, não é suficiente, em face da redução de sua força enquanto perdurar a condição especial de altos empregados, para invalidar certos atos de disposição e podem esses empregados, nos limites das estritas previsões aqui lançadas, dispor com mais liberdade dos direitos previstos ali.

Outros empregados, excluídos parcialmente da aplicação da Consolidação, como, *v.g.*, os domésticos, os artistas e os atletas, dependem da aferição do uso dos preceitos admitidos da Consolidação em sua estrutura de regulação legal. Em sendo aplicável o artigo 468 da CLT, ser-lhes-á tolhida a liberdade de modificação contratual nos mesmos limites estudados.

No plano coletivo, contudo, não se observa a mesma tendência restritiva. Em primeiro lugar, porque o artigo 468 trata da alteração dos contratos individuais e não dos coletivos, e, em segundo lugar, porque a estrutura de restrição da autonomia da vontade está montada sobre a premissa de desequilíbrio entre as partes da relação de emprego, o que não se verifica nas relações coletivas, ao menos idealmente.

Nas relações coletivas, como se disse, a tendência é a de expansão e atribuição da responsabilidade aos atores sociais. Essa afirmação não é feita apenas considerando as modificações das legislações europeias; pois também no Brasil essa constatação, embora mais tímida, pode ser encontrada.

Veja-se o seguinte acórdão:

> "HORAS IN ITINERE – ACORDO COLETIVO – VALIDADE – PREFIXAÇÃO DE NÚMERO DE HORAS EM QUANTIDADE INFERIOR AO TEMPO DESPENDIDO NO DESLOCAMENTO – POSSIBILIDADE. RECURSO DE REVISTA. SUMARÍSSIMO. HORAS IN ITINERE – ACORDO COLETIVO – VALIDADE – PREFIXAÇÃO DE NÚMERO DE HORAS EM QUANTIDADE INFERIOR AO TEMPO DESPENDIDO NO DESLOCAMENTO – POSSIBILIDADE. [...] (alegação de violação ao artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal e divergência jurisprudencial). O Tribunal Regional consignou a existência de cláusula de instrumento coletivo prevendo, inicialmente, o pagamento de 14 e 20 horas in itinere, ou seja, horas a menor do que o tempo efetivamente gasto no percurso de deslocamento, que era de 30 minutos diários em cada deslocamento, totalizando 22 horas in itinere. [...]. Não há como desconsiderar-se a particularidade contida no instrumento normativo pactuado entre as partes. É que a autonomia privada coletiva restou elevada a nível constitucional pela Carta Maior de 1988 (artigo 7º, XXVI) e, portanto, merece ser privilegiada. Ademais, a verba em questão sequer se refere a garantia trabalhista indisponível assegurada pelo ordenamento jurídico pátrio. Nesse norte, tenho como válida a disposição albergada nas normas coletivas, diante da força negocial autônoma que a ela se encontra condicionada. Exegese do artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido[389].

A transcrição integral da ementa se justifica pela relevância e pelo paradigma que constitui. Nela, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu o protagonismo das negociações sindicais em confronto com o direito individual assegurado aos trabalhadores de terem as horas de percurso incluídas no cômputo da jornada de trabalho quando

[389] TST-RR-1540.74.2009.5.04.0861. Relator Ministro Renato Lacerda Paiva, publicado no DJE em 07/12/12.

atendidas as exigências do artigo 58, § 2º, da CLT. Ressalva deve ser feita ao fato de que a Reclamada, no feito indicado, não se encontrava na condição de micro ou pequena empresa de que trata o § 3º desse artigo.

Há outros precedentes que apontam essa supremacia das negociações coletivas sobre os direitos individuais em uma perspectiva de modificação *in pejus*[390].

Não se pode admitir que a mesma regra destinada às relações individuais seja estendida às coletivas apenas pela vigência do princípio protetor. Em verdade a norma constitucional do artigo 7º, inciso XXVI, em confronto com as demais normas de caráter constitucional e fundamental, é que deve basilar a amplitude e extensão da validade e permissão das negociações coletivas que afastam condições previamente estipuladas em favor dos empregados.

Nesse cenário, é admissível a disposição de direitos individuais e coletivos, observadas as restrições já apontadas, por meio da negociação coletiva. Interpretação diversa compromete não apenas as normas constitucionais invocadas (arts. 7º, XXVI, e 8º, III) como as normas internacionais em vigor – *v.g.*, as convenções da OIT nºs 98, 141 e 154 –, além da notória evolução vivenciada pelo Direito comparado.

O sistema brasileiro já contempla, de maneira adequada, mecanismos para assegurar a obediência a condições mínimas que assegurem a licitude do objeto das convenções ou acordos coletivos, qual seja, o ato solene do depósito desses instrumentos nos órgãos competentes.

O artigo 614 da CLT impõe o depósito para tornar público o negócio jurídico firmado entre os atores sociais, mas ao mesmo tempo permite, com o registro, a aferição, pela autoridade do Ministério do Trabalho, da licitude dos termos pactuados e, na constatação de ilegalidade, o Ministério Público do Trabalho, se demandado, poderá se valer das ações administrativas e judiciais previstas na Lei nº 7.347/1985, na Lei Complementar nº 75/93 e no artigo 129 da CRFB.

---

[390] Citem-se como exemplos: TST-RR 1838.62.2011.5.03.0105, Relatora Ministra Maria de Assis Calsin, *DJE* 21/11/2012; RR. 702.47.2010.5.04.0231, Relator Ministro Emmanoel Pereira, *DJE* 21/11/2012, conforme pesquisa de Noemia Porto (PORTO, N. Para além do "negociado x legislado": uma leitura da autonomia negocial coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sob a égide dos direitos fundamentais. In: MARTINS FILHO, I. G.; MANNRICH, N.; PRADO, N. (Coords.). *Os pilares do direito do trabalho*, p. 237-249).

Nesse cenário, é adequado e necessário o reconhecimento da maior abrangência dispositiva mediante negociação coletiva, autorizando, inclusive, a derrogação de convenções coletivas por acordos coletivos específicos, como corolário da democracia participativa que aproxima o destinatário da norma negociada do direito de dizer como serão regidas as condições específicas do trabalho em determinado período.

A defesa desse pressuposto se mostra viável porque até mesmo na ocorrência de conflitos de preceitos entre dois instrumentos coletivos (acordos e convenções) a teoria da especificidade como meio de superação desse conflito mostra-se alinhando com a proposta aqui formulada, sendo reconhecido pela doutrina como solução que contempla melhor a necessidade de adaptação do instrumento negociado à realidade das empresas[391].

Mozart Victor Russomano, ao se posicionar sobre a existência de conflitos entre instrumentos normativos negociados, apresenta a solução pela especificidade, reconhecendo a prevalência dos acordos coletivos sobre as convenções, estas mais genéricas e abrangentes. Ensina, contudo, o autor que se houver outra técnica escolhida pelas partes, deve essa prevalecer[392].

Em vários julgados os Tribunais do Trabalho também vêm admitindo essa forma de solução de conflitos como mais coerente com o sistema de supremacia da democracia[393].

---

[391] NASCIMENTO, A. M. O debate sobre a negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 9, 2000. p. 1.119/1.120.

[392] Nas palavras de Mozart Victor Russomano, "pensamos, como a maioria dos escritores, que se há de levar em consideração, sempre, a regra doutrinária de que o *particular*, por ser *específico*, deve primar sobre o *geral*, onde estão previstas as grandes linhas da convenção, mais distanciadas da realidade concreta" (RUSSOMANO, M. V. *Princípios gerais de direito sindical*, p. 204).

[393] "EMENTA: ACORDO COLETIVO DO TRABALHO. PREVALÊNCIA SOBRE A CONVENÇÃO COLETIVA. Nos acordos coletivos, de maneira geral, há uma avença mais específica firmada entre a empresa e o sindicato representativo de seus empregados, enquanto que nas convenções coletivas a situação é mais global, abrange todos os empregados e empresas de um mesmo seguimento econômico, não acolhendo situações específicas existentes na relação havida entre as partes envolvidas no acordo. Demais disso, sendo o acordo coletivo, em seu todo, mais favorável ao empregado, não pode ser ele desmembrado, para que sejam adotadas somente as suas cláusulas mais benéficas." (TRT da 3ª Região – 1ª Turma – Processo nº 00851-2004-036-03-00-8 – Data de publicação: 18/02/2005.)

"EMENTA: CONVENÇÃO COLETIVA – ACORDO COLETIVO – PREVALÊNCIA. O legislador constituinte reconheceu a validade dos Acordos Coletivos e Convenções Coletivas, sem estabelecer qualquer distinção entre um e outro. Celebrando a Reclamada acordo coletivo de trabalho com o sindicato profissional representativo da categoria da Reclamante, este prevalece em detrimento da convenção coletiva firmada com a Federação da categoria econômica, por disciplinar condições específicas, no âmbito da própria empresa que

Mostra-se indispensável, com isso, admitir, *de lege lata*, a mais ampla capacidade negocial destinada aos atores sociais, não se contentando apenas com a hermenêutica que prega a negociação como via de mão única no sentido promocional de direitos em favor do trabalhador, como se entende ter sido inadequadamente recomendado pela atual redação da Súmula nº 277 do TST.

A tese que autoriza a derrogação de instrumentos coletivos mais genéricos pelos mais específicos encontra respaldo no evoluído Direito Comparado. Em Portugal, o artigo 482 do Código do Trabalho português atual, ao tratar da solução de conflito entre normas autônomas, determina a prevalência das específicas sobre as mais abrangentes[394].

A Argentina, por meio da modernização de sua legislação em matéria de direito coletivo, também reconheceu a possibilidade derrogatória de instrumentos coletivos genéricos pelos específicos. Trata-se da aplicação da Ley nº 25.250, reformada pela Ley nº 25.877, de 19 de março de 2004, que, incorporando o texto do Capítulo V da Ley 14.250/1988, autorizou negociações coletivas nesse sentido em casos de empresas em crise[395]. Vale lembrar que é crescente o reconhecimento, pela doutrina, da possibilidade de

---

celebrou o acordo coletivo. A situação particularizada entre a representação sindical dos empregados e o empregador se sobrepõe, bastando, para a isto aferir, lembrar-se do aporte ao princípio jurídico segundo o qual a lei específica afasta a aplicação da lei geral. Contudo, o acordo coletivo vige pelo período estabelecido em seu texto. Não tendo a Reclamada juntado aos autos os acordos coletivos alusivos aos períodos pleiteados na petição inicial, aplicam-se as convenções dos mesmos períodos." (TRT 3ª Região – 6ª Turma – Processo nº 00971-2004-111-03-00-7 – Data da publicação: 20/01/2005.)

[394] "Artigo 482.º Concorrência entre instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais 1 – Sempre que exista concorrência entre instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais, são observados os seguintes critérios de preferência: a) O acordo de empresa afasta a aplicação do acordo colectivo ou do contrato colectivo; b) O acordo colectivo afasta a aplicação do contrato colectivo. 2 – Nos outros casos, os trabalhadores da empresa em relação aos quais se verifica a concorrência escolhem o instrumento aplicável, por maioria, no prazo de 30 dias a contar da entrada em vigor do instrumento de publicação mais recente, comunicando a escolha ao empregador interessado e ao serviço com competência inspectiva do ministério responsável pela área laboral. 3 – Na ausência de escolha pelos trabalhadores, é aplicável: a) O instrumento de publicação mais recente; b) Sendo os instrumentos em concorrência publicados na mesma data, o que regular a principal actividade da empresa. 4 – A deliberação prevista no n.º 2 é irrevogável até ao termo da vigência do instrumento adoptado. 5 – Os critérios de preferência previstos no n.º 1 podem ser afastados por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho negocial, designadamente através de cláusula de articulação entre convenções colectivas de diferente nível, nomeadamente interconfederal, sectorial ou de empresa."

[395] Lei nº 14.250/1988, com o texto atualizado pelas sucessivas legislações posteriores: "Capítulo V – Convenios de Empresas en Crisis. Artículo 25. – La exclusión de una empresa en crisis del convenio colectivo que le fuera aplicable, sólo podrá realizarse mediante acuerdo entre el empleador y las partes signatarias del convenio colectivo, en el marco del procedimiento preventivo de crisis previsto en el Título

derrogação da própria lei mediante negociação coletiva, o que no Brasil ficou conhecido como *negociado versus legislado*. Antoine Mazeaud, ao analisar o recém-modificado sistema francês, advoga em prol dessa nova visão e admite ampla capacidade para a autonomia coletiva[396].

O Brasil é um país de regiões muito diferentes. Nas regiões mais desenvolvidas, como no Sul e no Sudeste, a pujança econômica conduz a um elevado grau de garantias e vantagens aos empregados, ao passo que nas regiões menos desenvolvidas os avanços no campo das negociações coletivas são tímidos e se limitam a certas vantagens mínimas.

A adoção de uma legislação unificada em nível nacional não contribui para a solução dessa realidade tão diversificada. Entender, portanto, que a mesma convenção coletiva possa ser aplicada uniformemente a todos os trabalhadores de determinada categoria que se encontre representada por um sindicato com abrangência em muitas regiões é ofender a racionalidade[397]. Aprisionar a autonomia das partes negando-lhes o direito de escolher qual região ou qual tipo de empresa deve respeitar certo conjunto de cláusulas negociadas em detrimento de outras é impingir a essas partes interpretação restritiva dos artigos 7º, inciso XXVI, e 8º da CRFB.

A própria lei reconhece essa necessidade de adaptação das normas a certas classes de pessoas, tanto que a Constituição da República dispensa tratamento diferenciado às empresas de pequeno porte, no artigo 170, inciso IX[398]. A lei de recuperação judicial e falência (Lei nº 11.101/2005) estabelece uma série de favorecimentos às empresas nessa condição, entre outros exemplos mostrando que o tratamento diferenciado não implica o

---

III, Capítulo VI de la Ley Nº 24.013. El convenio de crisis deberá instrumentarse por un lapso temporal determinado."

[396] Nas palavras do autor, "la loi tend parfois à devenir supplétive, dans le respect des exigences constitutionnelles: on peut y déroger dans quelque sens que ce soit, mais en principe par convention ou accord collectifs" (MAZEAUD, A. *Droit du travail*, p. 46).

[397] Robortella já ressalta a necessidade de se observar com maior atenção a tendência de crescimento das negociações por locais de trabalho, tornando mais viva e específica a negociação coletiva (ROBORTELLA, L. C. A. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. *Revista LTr*, v. 64, n. 10, p. 1.240).

[398] Art. 170. "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.".

reconhecimento de privilégios, mas a constatação da diversidade e da impossibilidade de tratamento idêntico de realidades distintas.

Isso explica por que é necessário reconhecer a viabilidade da negociação coletiva que preveja a derrogação de norma coletiva de nível superior por outra de nível inferior posteriormente ajustada – o que não implica violar a regra do artigo 620 da CLT, pois a restrição ali imposta diz respeito à prevalência da norma mais benéfica na perspectiva de inexistência de cláusula derrogatória expressa.

Afirma-se, portanto, que, se as partes pretenderem deixar de aplicar uma convenção coletiva a determinada empresa, ou grupo de empresas, devem fazê-lo expressamente e por prazo determinado, limitado, contudo, ao prazo de vigência dessa norma menos abrangente (art. 614, § 3º, da CLT). Também não podem as partes pretender a derrogação provisória da convenção coletiva quando esta prevê, igualmente de forma expressa, a restrição a esse tipo de pacto.

Veja-se que a proposta de aceitar que um acordo coletivo de menor abrangência possa derrogar a aplicação de uma convenção coletiva mais abrangente não representa, por assim dizer, grande novidade. É que os artigos 613 e 615 da CLT preveem denúncia, revogação e revisão dos instrumentos coletivos como práticas lícitas e das quais as partes podem se valer sempre que se considerarem incapazes de continuar cumprindo suas condições, independentemente do motivo, pois os artigos citados não apresentam nenhum rol de motivos ensejadores da denúncia.

Embora a denúncia – instituto quase ignorado pela doutrina trabalhista nacional – constitua ato unilateral em que uma das partes decide não mais cumprir o quanto pactuado, assemelhando-se, nas palavras de Mozart Victor Russomano, à rescisão, no sistema brasileiro, ela "pressupõe as mesmas formalidades da celebração do convênio coletivo, sendo, portanto, ato *bilateral*"[399].

Infere-se, pois, que se as partes podem, segundo dispõe a legislação estudada, denunciar, revogar ou rever o quanto pactuado, também podem, por meio dos acordos coletivos, afastar total ou parcialmente as disposições das convenções coletivas a elas

[399] RUSSOMANO, M. V. *Princípios gerais de direito sindical*, p. 218.

aplicáveis, como corolário da autonomia coletiva, salvo nos casos em que o instrumento a ser derrogado possua cláusula expressa em sentido contrário.

Por essa razão, entende-se não ser adequada a afirmação formulada por Godinho Delgado no que tange a considerar que as negociações coletivas em nível inferior, como nos acordos coletivos, favoreçam a supremacia econômica do empregador e, com isso, reduzam "a força coletiva dos obreiros" e até mudem sua feição, passando de categoria coletivamente organizada para "mera comunidade específica de empregados"[400].

Essa diminuição de importância dos acordos coletivos e da negociação coletiva regionalizada é equivocada por mais de um argumento.

Em primeiro lugar, porque as necessidades coletivas variam nos diversos patamares de negociação. Se os trabalhadores de determinada empresa no interior de um Estado menos favorecido do País sofrem com problemas de transporte ou de refeição, um acordo coletivo deve privilegiar essas necessidades, ao passo que no âmbito mais amplo, como ocorre nas convenções coletivas, as questões salariais ou de segurança do trabalho podem ser um anseio generalizado, o que justifica os diversos planos de negociação.

Em segundo lugar, a afirmação mostra-se inadequada, pois não apenas as Convenções nos 154 e 98 da OIT privilegiam e incentivam a negociação coletiva ampla e em todos os níveis, mas também todas as legislações consideradas modelos, como as da Europa Ocidental, sempre incentivaram as negociações nos níveis regionais, nacionais e empresariais, conferindo, atualmente, grande poder a essas últimas, como se verificou do estudo até aqui.

Conforme lembra Paul Strathern, o filósofo Ludwig Wittgenstein já afirmava que "aquilo que não se pode falar, deve-se calar"[401]. As afirmações pautadas em experiências sociológicas para daí se extraírem afirmações jurídicas não fundadas no texto correspondem à violação literal do princípio constitucional da legalidade e, em última análise, da própria democracia, pois o tempo já demonstrou que a construção da justiça

---

[400] DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*, 5. ed., p. 1.396.

[401] STRATHERN, P. *Wittgenstein em 90 minutos*. Tradução Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 60.

desatrelada do reconhecimento da legalidade corresponde a um passo perigoso rumo ao abismo do totalitarismo arbitrário e tirânico.

A interpretação, como se procurou demonstrar até aqui, encontra limite no texto legal. O artigo 8º da CLT, *v.g.*, ao prever o uso dos princípios, não deixou de valorizar a legalidade, pois o permitiu apenas no vazio da lei. Não se pode, com o uso das técnicas hermenêuticas, associado à necessidade social de certos ajustes, corromper o processo democrático de construção das balizas que regulam determinada sociedade em determinado tempo.

Infere-se, portanto, que a afirmação de permitir, pelo acordo coletivo, a derrogação de parte ou do todo de uma convenção coletiva encontra abrigo não apenas no texto legal dos artigos 613 e 615 da CLT como também na autonomia da vontade coletiva prevista no artigo 7º, inciso XXVI, da CRFB, bem como na constatação atual e dominante da legislação comparada que reconhece essa possibilidade, com amparo na doutrina.

4.2.5 Especial Atenção aos Altos Empregados

Com base em todos os pontos analisados neste trabalho a respeito da inadequação da ideia de que o Direito do Trabalho é constituído apenas por normas indisponíveis conclui-se que há certos tipos de direitos e certos tipos de relação jurídica que comportam o acolhimento da afirmação segundo a qual, assim como nas relações coletivas estudadas há pouco, a supremacia do dirigismo estatal deve ser mitigada em favor do restabelecimento da igualdade como pedra angular do Estado Democrático de Direito.

Assim, os altos empregados, que possuem específico tratamento em quase todos os sistemas analisados ao longo deste estudo, que não encontra definição clara na imprecisa e lacunosa legislação brasileira (artigo 62 da CLT), mas cuja característica de baixa subordinação não os confunde com os demais empregados típicos, merece o reconhecimento, pela doutrina e pela jurisprudência, de sua maturidade.

Conforme restou identificado com mais precisão em abordagem anterior, neste trabalho, embora a legislação brasileira não faça referência expressa a um modelo jurídico diferenciado a esses empregados, há claros indícios de que o legislador encontrou no alto empregado, ou no empregado ocupante de cargo de confiança, uma espécie diversificada e mais autônoma de empregado, pois limitou a proteção a ele dispensada em várias ocasiões. Esse limite pode ser observado com clareza nas disposições da Consolidação, *v.g.*, no artigo 62 , que o exclui do fundamental direito ao limite da jornada de trabalho e remuneração pelo excesso de trabalho – ao desobrigar seu controle pelo empregador –, no parágrafo único do artigo 468, que permite o rebaixamento de função no caso de ser promovido a cargos de confiança, com a permissão implícita de transferência em face do cargo (artigo 469, § 1º), entre outras possibilidades gerais ou específicas, dependendo da profissão exercida.

Como a configuração *ex lege* do alto empregado é imprecisa, a identificação dessa espécie de empregado deve ser feita em Juízo, mediante defesa, comprovando-se as condições que resultam no seu enquadramento. Também, como comparativamente prevê o sistema italiano, as convenções ou acordos coletivos podem estabelecer conceitos mais precisos da figura do alto empregado naquela determinada relação. Seria possível, portanto, e até mesmo recomendável, que o conceito pudesse variar de região para região e de categoria para categoria, a depender da negociação coletiva que a regular, sempre na perspectiva do artigo 62 da CLT, que estabelece o conteúdo mínimo dessa ocupação.

Além da decisão judicial e da previsão em instrumento coletivo, poder-se-ia considerar válida e apropriada a caracterização do alto empregado pela *certificação*.

A certificação é uma figura introduzida no sistema italiano com o Decreto Legislativo nº 276, de 10 de setembro de 2003 (Reforma Biagi), tendo o Direito italiano apresentado um importante mecanismo de redução de litígios trabalhistas.

Prevê o artigo 75 do Decreto Legislativo nº 183, que a finalidade da certificação é "di ridurre il contenzioso in materia di lavoro" ("reduzir os litígios relacionados ao trabalho"). Para tanto, as partes passam a ter a opção de obter uma chancela, uma

certificação, emitida por órgão definido naquela legislação[402]. Cite-se, *v.g.*, a Fondazione Universitaria Marco Biagi, ligada à Universidade de Modena e Reggio Emilia, na Itália,

[402] É o seguinte o teor do dispositivo: "Art. 76 – Organi di certificazione: 1. Sono organi abilitati alla certificazione dei contratti di lavoro le commissioni di certificazione istituite presso: a) gli enti bilaterali costituiti nell'ambito territoriale di riferimento ovvero a livello nazionale quando la commissione di certificazione sia costituita nell'ambito di organismi bilaterali a competenza nazionale; b) le Direzioni provinciali del lavoro e le province, secondo quanto stabilito da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali entro sessanta giorni dalla entrata in vigore del presente decreto; c) le università pubbliche e private, comprese le Fondazioni universitarie, registrate nell'albo di cui al comma 2, esclusivamente nell'ambito di rapporti di collaborazione e consulenza attivati con docenti di diritto del lavoro di ruolo ai sensi dell'articolo 66 del decreto del Presidente della Repubblica 11 luglio 1980, n. 382; c-bis) il Ministero del lavoro e delle politiche sociali – Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro, esclusivamente nei casi in cui il datore di lavoro abbia le proprie sedi di lavoro in almeno due province anche di regioni diverse ovvero per quei datori di lavoro con unica sede di lavoro associati ad organizzazioni imprenditoriali che abbiano predisposto a livello nazionale schemi di convenzioni certificati dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, nell'ambito delle risorse umane e strumentali già operanti presso la Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro; c-ter) i consigli provinciali dei consulenti del lavoro di cui alla legge 11 gennaio 1979, n. 12, esclusivamente per i contratti di lavoro instaurati nell'ambito territoriale di riferimento e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e comunque unicamente nell'ambito di intese definite tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali e il Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro, com l'attribuzione a quest'ultimo delle funzioni di coordinamento e vigilanza per gli aspetti organizzativi. 1-bis. Nel solo caso di cui al comma 1, lettera c-bis), le commissioni di certificazione istituite presso le direzioni provinciali del lavoro e le province limitano la loro funzione alla ratifica di quanto certificato dalla commissione di certificazione istituita presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali. 2. Per essere abilitate alla certificazione ai sensi del comma 1, le università sono tenute a registrarsi presso un apposito albo istituito presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali con apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali di concerto con il Ministro dell'istruzione, della università e della ricerca. Per ottenere la registrazione le università sono tenute a inviare, all'atto della registrazione e ogni sei mesi, studi ed elaborati contenenti indici e criteri giurisprudenziali di qualificazione dei contratti di lavoro con riferimento a tipologie di lavoro indicate dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali. 3. Le commissioni istituite ai sensi dei commi che precedono possono concludere convenzioni con le quali prevedano la costituzione di una commissione unitaria di certificazione.". Tradução livre do original para este trabalho: "Art. 76 – Os organismos de certificação: 1. Os organismos autorizados a certificar os contratos de trabalho dos comitês de certificação são estabelecidos em: a) Organismos bilaterais formados dentro da área de referência ou em nível nacional, quando a comissão de certificação é constituída no contexto das organizações bilaterais de competência nacional, b) as Direções Provinciais e as províncias, conforme estabelecido por decreto especial do Ministro do Trabalho e de Política Social no prazo de sessenta dias a contar da entrada em vigor do presente decreto; c) universidades públicas e privadas, inclusive fundações universitárias, 'registro referido no nº 2, apenas no contexto de colaboração e consulta com os professores voltaram para o papel do direito do trabalho, de acordo com o artigo 66º do Decreto do Presidente da República, de 11 de julho de 1980, n. 382 c-*bis*), o Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais – Direção-Geral para a proteção de condições de trabalho, apenas nos casos em que o empregador tem seus próprios locais de trabalho em pelo menos duas províncias em diferentes regiões ou mesmo para aqueles empregadores com trabalho associado às organizações empresariais que criam acordos nacionais certificadas pela comissão de certificação estabelecida pelo Ministério do Trabalho e Política Social, no contexto de recursos humanos e equipamentos que já operam na Direção-Geral da proteção das condições de trabalho, c-*ter*) os conselhos provinciais de consultores trabalhistas da Lei de 11 de janeiro, 1979 n. 12, exclusivamente para contratos de trabalho estabelecidos no território de referência e sem quaisquer encargos novos ou ampliados para as finanças públicas e, em qualquer caso, só no contexto dos acordos estabelecidos entre o Ministério do Trabalho e da Política Social e do Conselho Nacional de Consultores do trabalho, incluindo a atribuição de coordenação e supervisão dos aspectos organizacionais. 1-*bis*. Apenas no caso referido no nº 1, letra c -*bis*), as comissões de certificação criadas nas direções provinciais de trabalho e as províncias limitam-se a ratificar o quanto certificado pela comissão de certificação estabelecida no Ministério do Trabalho e políticas sociais . 2. Para ser qualificado para a certificação de conformidade com o parágrafo 1º, as universidades são obrigadas a

sob a presidência atual do Professor Alberto Levi, que constitui, desde 2010, órgão habilitado a certificar os contratos de trabalho.

Entre os serviços a serem oferecidos à comunidade, e em conformidade com a legislação já indicada, a Fundação Marco Biagi certifica não apenas os contratos, como também realiza conciliação nas relações individuais do trabalho e assessora as partes na relação de trabalho, tudo com o fito de reduzir os litígios[403].

A novidade demonstra apontar para uma clara linha política legislativa destinada a conferir maior permissão às partes para definir previamente o modelo de relação que pretendam desempenhar, orientando-as por meio dessas instituições certificantes e permitindo, também, pela capacidade de certificação de transações e renúncias[404], a solução de conflitos antes mesmo de chegarem ao Judiciário.

A certificação de transações e renúncias no Direito italiano, como visto anteriormente, é permeada por intensa proteção estatal. Mesmo assim, o legislador autorizou que, por meio do modelo de certificação, possam as partes resolver seus próprios conflitos.

O Capítulo II do Decreto Legislativo nº 183 dispõe, no artigo 82, sobre essa autorização[405].

Também impõe o citado Decreto Legislativo, a obrigação de passagem pela tentativa de conciliação, toda vez que o contrato de trabalho objeto do conflito estiver

---

inscrever-se no registro mantido pelo Ministério do Trabalho e da Política Social, por decreto especial do Ministro do Trabalho e da Política Social, em consulta com o Ministro da Educação das universidades e pesquisa. Para obter o registro as universidades são obrigadas a apresentar, no momento da inscrição, e a cada seis meses, estudos e índices contendo processos e critérios jurisprudenciais para qualificação dos contratos de trabalho com referência aos tipos de trabalho especificados pelo Ministério do Trabalho e da Política Social. 3. Os comitês criados nos termos dos números anteriores podem celebrar acordos estipulando a criação de uma comissão conjunta para a certificação.”.

[403] Disponível em: <http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/MarcoBiagi.html>. Acesso em: 3 out. 2013.

[404] SANTORO-PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2004. p. 349.

[405] Assim dispõe o texto do referido Capítulo: “Altre ipotesi di certificazione: Art. 82. – Rinunzie e transazioni – 1. Le sedi di certificazione di cui all'articolo 76, comma 1, lettera a), del presente decreto legislativo sono competenti altresì a certificare le rinunzie e transazioni di cui all'articolo 2113 del codice civile a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti stesse.”.Tradução livre do original para este trabalho: “Outras hipóteses de certificação: art. 82 – Renúncias e transações – 1. As sedes de certificação de que trata o artigo 76, parágrafo 1º, letra ‘a’, do presente decreto legislativo são competentes também para certificar as renúncias e transações de que trata o artigo 2113 do código civil confirmando a vontade abdicativa ou transativa das partes.”.

certificado por um órgão competente[406]. Realizada, portanto, uma certificação em um contrato de trabalho, qualquer demanda originada nesse contrato deverá ser submetida, previamente, a uma tentativa de conciliação – a qual poderá se transformar em arbitragem, a depender do interesse das partes envolvidas –, sob pena de indeferimento da ação judicial.

A novidade instituiu verdadeira divisão entre os doutrinadores, pois boa parte deles rechaça a certificação e a obrigatoriedade da passagem pela conciliação prévia como forma de redução das demandas judiciais.

No tocante à submissão prévia e obrigatória das tentativas de conciliação perante os órgãos certificadores, tornou-se comum a afirmação de que esse procedimento corresponde apenas a mais um burocrático estágio a ser superado pelos trabalhadores que intentam discutir na Justiça seus direitos supostamente violados[407]. A restrição imposta pela via conciliativa já constava de textos legais anteriores do Código de Processo Civil italiano.

É que, conforme previa o artigo 410 do CPC italiano, aquele

> "[...] chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 [*relação de emprego*], e non ritiene di avvalersi delle procedure di conciliazione previste dai contratti e accordi collettivi deve promuovere, anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisca mandato, il tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413"[408].

---

[406] "Art. 80 – Rimedi esperibili nei confronti della certificazione: [...] 4. Chiunque presenti ricorso giurisdizionale contro la certificazione ai sensi dei precedenti commi 1 e 3, deve previamente rivolgersi obbligatoriamente alla commissione di certificazione che ha adottato l'atto di certificazione per espletare un tentativo di conciliazione ai sensi dell'articolo 410 del codice di procedura civile." Tradução livre do original para este trabalho: "Remédios em matéria de certificação: [...] 4. Qualquer revisão judicial da certificação em conformidade com os pontos 1 e 3 deve previamente ser submetida à comissão de certificação que tiver adotado o ato de certificação para realizar uma tentativa de conciliação nos termos do artigo 410 do Código de Processo Civil.".

[407] MASSI, E. *Collegato lavoro* – conciliazione e arbitrato nel nouvo processo del lavoro. Milano: Ipsoa, 2011. v. 4, p. 3/4.

[408] Tradução livre do original para este trabalho: "quem intencionar propor demanda judicial sobre a relação prevista no artigo 409 e não utilizar os procedimentos de conciliação previstos nos contratos e acordos coletivos, deve promover, por meio do sindicato a que adere, ou conferir mandato, a tentativa de conciliação da comissão de conciliação identificada conforme os critérios estabelecidos no artigo 413.".

Agora, com a atual redação, o artigo 410 tornou facultativa a tentativa prévia de conciliação.

De qualquer maneira, o modelo italiano de certificação dos contratos de trabalho e da assistência às partes se funde perfeitamente com a proposta aqui formulada, qual seja, a de que em face do lacunoso conceito legal do alto empregado, no Brasil, a pré-contratação de sua definição confere mais segurança às partes da relação de emprego, sempre, por óbvio, em consonância com o preceito de boa-fé e a primazia da realidade, que impõe o reconhecimento do quanto ajustado, desde que coerente com a prática do dia a dia daquela relação.

A certificação aqui proposta, por ausência de disposição legal prevendo-a no sistema brasileiro, pode ser feita por meio das relações sindicais, com a assistência do sindicato aos altos empregados no momento da contratação, identificando cargos e descrevendo funções aptas a enquadrar esses empregados, ou mediante homologação perante as Comissões de Conciliação Prévia, na forma da regra consolidada (art. 625-A a 625-H).

Muito embora a previsão legal faça referência à solução de "demandas" de natureza trabalhista (art. 625-D) ou de "conflitos" individuais de trabalho (art. 625-A), não se mostra inadequado o aceite de um pacto avalizado por representantes do empregador e do empregado, dotados esses últimos de garantia de emprego, na forma do § 1º do art. 625-B, em que a lide não está presente, mas, ao contrário, há assentimento na direção de fixar as condições do futuro contrato de trabalho justamente na perspectiva de evitar a demanda ou o conflito.

Ada Pellegrini Grinover, ao comentar sobre o então Projeto de Lei que resultaria na reforma do artigo 625 da CLT, expressou seu profundo apreço pela ideia da pacificação por intermédio das Comissões de Conciliação Prévia com a participação direta dos interessados e de seus representantes, não se justificando a utilização restritiva de interpretações atinentes ao uso daquele sistema autocompositivo[409].

---

[409] Nas palavras da processualista, "Ademais, tem-se salientado a importância das vias conciliativas em termos de pacificação social, não alcançada, de regra, pela sentença – que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, mais ampla do que processual." (GRINOVER, A. P. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 94).

Na esteira desse raciocínio em que se reconhece a maturidade jurídica dos altos empregados, deve-se, também, reconhecer que as fraudes decorrentes de seus contratos de trabalho não se presumem, como ocorre nas relações com os empregados típicos, mas devem decorrer da prova a ser produzida por aquele que requer sua declaração.

A distribuição do ônus da prova em favor do empregado nos casos de relação de trabalho na qual a subordinação é fator marcante faz-se necessária pela própria natureza limitante da desigualdade de forças presente nessas relações, como, aliás, tem sido expressamente reconhecido em várias passagens deste estudo. O próprio Código de Defesa do Consumidor, norma moderna e estendida com insistência para as relações de emprego em face da semelhança entre o consumidor e o empregado na condição de hipossuficiência, traz textualmente a inversão do ônus da prova para os casos nela previstos[410].

O alto empregado é justamente marcado pela presença elevada da fidúcia em proporção inversa à subordinação, o que lhe confere responsabilidade suficiente para reconhecer-lhe o ônus de ter de fazer prova da nulidade contratual pretendida.

A considerar-se a mitigação da hipossuficiência do alto empregado, torna-se oportuna a distribuição do ônus da prova na interpretação literal dos artigos 818 da CLT e 333 do CPC brasileiro. Se as teses da inversão do ônus da prova nas relações de trabalho e da distribuição do ônus em favor do trabalhador forem estimuladas em face de sua hipossuficiência ou debilidade diante do poder econômico, justo e adequado é a correção desse pensamento quando diante das relações de emprego em que esse desnível não se verifica.

O empregado diretor de uma companhia multinacional conta com toda liberdade de amealhar provas, documentos e indícios do que pretende provar em uma demanda judicial ao longo de seu contrato, uma vez que ele não tem nenhuma, ou quase nenhuma, restrição a documentos e informações de seu empregador. Tratá-lo da mesma forma como um operário quando se pretende descobrir a verdade para produção de uma sentença judicial é um equívoco que não encontra justificativa jurídica; por isso a afirmação de que, nessas

[410] Artigo 6º da Lei nº 8.078/1990: "São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências.".

relações, o ônus da prova deve ser distribuído à luz do brocardo *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat* – isto é, àquele que alega incumbe provar e não ao que nega –, nunca privilegiando o demandante alto empregado sob o manto da hipossuficiência ou do princípio da *aptidão da prova*.

Esse princípio, reconhecido por uma parcela da doutrina como a pedra angular que equilibra as partes na relação processual, modifica o ônus da prova estipulado pela lei, impondo nova sistemática, qual seja, a de que a carga probante deve incidir sobre aquela parte que teria mais condição de produzir a prova e não mais sobre aquele cuja lei impôs o ônus[411].

Embora aparentemente adequado, o princípio apontado tem dificuldade de alinhar-se, como se disse antes, ao texto legal. O recomendável seria reformar a legislação tanto do Código de Processo Civil quanto da Consolidação, para assimilar esse conceito moderno. Enquanto não se toma essa providência, a preterição da regra legal pode comprometer a segurança e a legalidade, princípios constitucionais de grande valia para a sociedade democrática. A adoção desse pensamento sobre as relações processuais em que figura em um dos polos um alto empregado não é apenas lesiva ao sistema e incompatível com os princípios da imparcialidade e paridade de armas no processo do trabalho, mas também inadequado em face das características especiais que compõem essa relação.

Além do aspecto processual há, também, que se considerar a maior abertura para esses empregados no processo de contratação, reconhecendo a eles autonomia mais ampla no tocante às condições a serem fixadas em contrato. É certo que a eles já se consideraram válidas as cláusulas de não concorrência com restrição de mercado de trabalho, mesmo diante do direito fundamental ao livre trabalho (art. 5º, XIII, da CRFB). Nesse sentido, a

[411] De acordo com Estêvão Mallet, "As regras relativas ao ônus da prova, para que não constituam obstáculo à tutela processual dos direitos, hão de levar em conta sempre as possibilidades, reais e concretas, que tem cada litigante de demonstrar suas alegações, de tal modo que recaia esse ônus não necessariamente sobre a parte que alega, mas sobre a que se encontra em melhores condições de produzir a prova necessária à solução do litígio, inclusive com inversão do ônus da prova. Com isso, as dificuldades para a produção da prova, existentes no plano do direito material e decorrentes da desigual posição das partes litigantes, não são transpostas para o processo, ficando facilitado inclusive o esclarecimento da verdade e a tutela de situações que de outro modo provavelmente não encontrariam proteção adequada" (MALLET, E. Discriminação e processo do trabalho. *Revista do TST*, Rio de Janeiro, v. 65, n. 1, p. 148-159, out./dez. 1999, p. 154).

doutrina já consagrou que, entre o direito irrestrito ao trabalho e a liberdade de contratação, esta deve prevalecer[412].

Também se reconheceram válidas as cláusulas de incentivo à educação vinculadas à manutenção do trabalhador na empresa que fomenta o estudo mediante subsídios financeiros (pacto de permanência), o que ficou conhecido na práxis como *algemas de ouro*, em que o empregado se compromete a permanecer no emprego por certo tempo sob pena de ter de devolver ao empregador o subsídio investido na formação ou especialização[413].

Essas situações, que demonstram, em certa medida, violação a direito fundamental ao livre trabalho, com restrição temporal e de mercado, têm sido admitidas como corolário da autonomia da vontade, o que vem ao encontro da tese aqui defendida sobre a necessidade de se reconhecer, na figura do alto empregado, espécie diferenciada do gênero das relações de emprego subordinadas.

Não se tem a intenção de atribuir ao alto empregado a faculdade de afastar a aplicação de preceitos estabelecidos na legislação consolidada ou constitucional cujo respeito é obrigatório. Reconhece-se a presença da debilidade do contratado nesse momento. Note-se que essa debilidade não é exclusividade do vínculo de emprego, pois a supremacia do contratante se verifica também nas relações em que o contratado não é um empregado, mas um prestador de serviços, ou uma empresa de menor porte, cuja relação de submissão econômica também se evidencia, mas nem por isso é tratado como hipossuficiente.

Justifica-se, assim, o fato de o alto empregado, embora classificado como empregado, por possuir o traço da subordinação, aproximar-se, em certa medida, do trabalhador autônomo (*zona grise*), o que faz legislações estrangeiras destinarem normas jurídicas próprias para regular suas relações.

---

[412] MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*, p. 80-82.

[413] (1) Processo AIRR – 111486/ 2003-900-04-00, Tribunal Superior do Trabalho, 7ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, publicado no *Diário de Justiça* em 27/11/2009. (2) Processo RR 103.913/94.3, Acórdão nº 6.194/1994, 1ª Turma, Relator Ministro Ursulino Santos, publicado no *Diário de Justiça* em 10.02.1995.

O alto empregado que deseja, *v.g.*, renunciar, no momento da contratação, a um plano de assistência médica subsidiado totalmente pela empresa por entender que seu cônjuge, que mantém contrato de trabalho com outro empregador, possui plano semelhante ou até mesmo melhor e com abrangência familiar, tem todo o direito de afirmar sua vontade e evitar custos mais elevados ao empregador e até mesmo a ele. Essa vontade deve ser reconhecida como válida perante qualquer autoridade judicial ou administrativa.

É inadequado admitir a restrição a ponto de aniquilar o direito à livre manifestação da vontade, sendo os excessos obstados na medida da prova concreta da ocorrência de quaisquer dos fatos ensejadores da nulidade do ato, como, *v.g.*, coação, erro, dolo ou simulação.

Da mesma forma que se afirma que o alto empregado deve ser respeitado em seu direito à manifestação da vontade, igualmente se afirma, em face de todos os pontos estudados aqui, que esse mesmo direito deve ser respeitado no momento posterior à extinção do vínculo jurídico que o limitava.

Extinto, portanto, o vínculo de emprego, que limitava, pelas razões já expostas, sua livre manifestação da vontade, deve-lhe ser reconhecida a capacidade de dispor dos direitos após adquiridos, desde que presentes as seguintes condições, como ensina Arnaldo Süssekind: (i) se o direito em questão é, de fato, disponível e; (ii) se a manifestação de vontade do titular se faz de forma livre e espontânea[414].

Adverte o autor que, mesmo após o encerramento do contrato, se ficar configurada a permanência da condição de subserviência do trabalhador em idêntico cenário então mantido durante o vínculo jurídico, deverá ser considerado nulo seu ato de disposição, pois a *coação econômica* a que está submetido contamina a livre manifestação da vontade[415].

Essa afirmação só corrobora a proposta aqui aventada, pois o alto empregado encontra-se em estado de submissão (subordinação), bem menos evidente que o empregado típico, a este, sim, aplicável a advertência de Arnaldo Süssekind.

---

[414] SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*, v. 1, p. 215.

[415] Ibidem, p. 216.

Ao alto empregado a inviabilidade jurídica de disposição de direitos no curso do contrato de trabalho é reconhecida em decorrência da literalidade do artigo 468 da CLT, que impõe, independentemente da espécie de empregados, a restrição quanto alusiva à disposição de direitos oriundos do contrato individual de trabalho, se incorrer em prejuízo direto, ou indireto, ao trabalhador.

A capacidade de fixar, *v.g.*, sistemas de solução de litígio após o encerramento do contrato de trabalho é reconhecimento que se faz necessário nesses casos de relação jurídica.

A maior liberdade de disposição de direitos pós-contrato é realidade que já encontra respaldo no Direito estrangeiro.

A despeito de sistemas como os da Suíça, Suécia, Holanda, entre outros, admitirem mecanismos alternativos de solução de conflitos (*ADR*), como a arbitragem nos contratos de trabalho por meio de cláusulas compromissórias no curso dos contratos de trabalho[416], urge admitir-se o pacto pela arbitragem como técnica excludente da jurisdição após o encerramento do contrato de trabalho.

Vale lembrar que na França a prática de solução das controvérsias trabalhistas pela via arbitral tem sido muito procurada, principalmente pelos altos empregados, quer pela discrição que ela oferece, quer pela rapidez da resposta. A esse propósito, a doutrina ressalta que "l´arbitrage peut présenter un certain nombre d´avantages pour le salarié, [...] c´est le cas des cadres qui quittent leur entreprise, ces fameuses 'sorties de cadre' qui peuvent trouver leur issue contentieuse idéale par la voie de l´arbitrage"[417].

Muito embora o Direito francês proíba o compromisso arbitral em sede de interesses de Estado e de matérias de ordem pública[418], a Justiça francesa, desde a década

---

[416] CLAY, T. L´arbitrage en droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette? *Droit Social*, Paris, n. 9/10, p. 930-946, sept.-oct. 2010, p. 932.

[417] Ibidem, p. 945. Tradução livre do orginal para este trabalho: "A arbitragem pode apresentar certo número de vantagens aos empregados [...] no caso de executivos que deixam a empresa, a famosa 'saída dos quadros' que pode encontrar a saída ideal do contencioso por meio de arbitragem".

[418] Artigo 2.060 do Código Civil francês: "On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre." Tradução livre do original para este trabalho:

de 1950, vem reconhecendo ser possível a solução arbitral dos conflitos individuais de trabalho, mesmo reconhecendo a qualidade de ordem pública das matérias atinentes ao contrato de trabalho – ordem pública social, como já se afirmou neste estudo.

Reitera-se que, para o sistema francês, as cláusulas que preveem solução arbitral nos contratos de trabalho são admitidas, mormente em se tratando de cláusulas firmadas após o encerramento do vínculo.

O que impede, muitas vezes, a contratação válida da cláusula compromissória, fixada em contrato de trabalho que, ao prever a solução de futuros conflitos pela arbitragem, exclui a via judicial[419], não é propriamente a disponibilidade ou não do direito discutido, mas, como lembra Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos, ao comentar o artigo 11 da lei espanhola de arbitragem (Ley nº 60/2003), a desigualdade entre os contratantes que tolhe a liberdade plena no momento da escolha[420].

Não faz sentido, portanto, restringir a capacidade de contratar a arbitragem como solução de futuros conflitos trabalhistas do alto empregado, considerando-se os direitos disponíveis aqui estudados, bem como o evidente reconhecimento de que sua subordinação, embora existente, encontra-se mitigada naquela relação, dada a relevância de sua participação no ambiente decisório do empregador.

Assim como pode pactuar a solução arbitral após o encerramento do contrato, também pode fixar a obrigatoriedade da passagem pela Comissão de Conciliação Prévia porventura existente.

Eis aí verdadeira instituição típica e apta a solucionar de forma amigável e pacífica conflito individual de trabalho.

"Não se pode transigir em questões de estado e capacidade das pessoas, as que se referem ao divórcio e à separação judicial ou litígios que afetem as autoridades públicas e instituições públicas e de forma mais geral em todos os assuntos que dizem respeito à ordem pública. No entanto, os estabelecimentos públicos de natureza industrial e comercial podem ser autorizados a celebrar compromisso arbitral.".

[419] CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 16.

[420] ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A. H.-G. Título I. Disposiciones generales. In: MARTÍN MUÑOZ, A. de; HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.). *Comentario a le ley de arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006. p. 113.

Ao aludir à incapacidade do sistema judiciário de dar resposta rápida à população, Sérgio Pinto Martins lembra que desde as Ordenações do Reino, passando pela Constituição Federal brasileira de 1967 (artigo 161), previa-se a necessidade de submeter qualquer demanda trabalhista (individual ou coletiva) a uma tentativa prévia e compulsória de conciliação[421].

Reitera-se que, segundo dados estatísticos do TST, em 2012, distribuíram-se 3.289.731 ações trabalhistas[422].

Esse número exorbitante cresce em uma ordem aproximada de 8% ao ano, sem que a estrutura da Justiça acompanhe esse crescimento, permanecendo, por anos, com o mesmo número de magistrados, servidores e Varas, o que contribui para um serviço precário e deficiente.

Técnicas como a penhora *online*, semanas de conciliação, extensão da responsabilidade a sócios e terceiros – esses são mecanismos pontuais utilizados, sem muito consentimento de boa parcela da doutrina, em razão dos riscos e das injustiças por vezes cometidas pela ânsia de dar a efetividade à sentença, que não são suficientes para tornar mais humanas as relações de trabalho, tanto que, mesmo com todas essas ferramentas, os números de ações continuam a crescer.

A previsão contida no artigo 625-D, que determina que toda demanda trabalhista seja submetida a uma tentativa prévia de conciliação, foi introduzida pela Lei nº 9958/2000 e severamente combatida por boa parcela da doutrina.

Amauri Mascaro Nascimento[423], Gabriel Saad[424], Sérgio Pinto Martins[425], entre tantos outros autores, defendem a ideia da passagem obrigatória pelas Comissões de Conciliação Prévia.

---

[421] MARTINS, S. P. *Comissões de conciliação prévia*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008a. p. 1.

[422] Disponível em: <http://www.tst.jus.br/jt-serie-historica>. Acesso em: 28 set. 2013.

[423] NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito processual do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 376/377.

[424] SAAD, E. G. *Comissão de conciliação prévia* – teoria e prática. São Paulo: LTr, 2000b. p. 46.

[425] MARTINS, S. P. Op. cit., p. 86.

É pertinente lembrar que, com a decisão liminar do STF, nas ADINs nºs 2.139 e 2.160, de 13 de maio de 2009, modificou-se completamente a história dessas Comissões de Conciliação.

O principal argumento que embasou a concessão da liminar que vigora até os dias atuais é o de que o artigo 5º, inciso XXXV, que insere na Constituição da República o princípio da inafastabilidade da jurisdição, restou violado com a imposição irrestrita da demanda trabalhista às Comissões de Conciliação existentes.

Em confronto com a disposição da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), que também afasta a jurisdição, é possível identificar com clareza esse contraste.

É que, na análise da constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996, o STF, no julgamento do processo nº 5.206/1995 (homologação de sentença estrangeira), fez questão de afirmar que o referido princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição não restou prejudicado com a edição daquela lei.

A Ministra Ellen Gracie, que participou daquele julgamento, ocorrido em 12 de dezembro de 2001, advoga a valorização do instituto e, ao emitir o voto, declarou:

> "Como se vê, o cidadão pode invocar o judiciário, para a solução de conflitos, mas não está proibido de valer-se de outros mecanismos de composição de litígios. Já o Estado, este sim, não pode afastar do controle jurisdicional as divergências que a ele queiram submeter os cidadãos."[426]

A considerar válida a interpretação dada pelo STF, o cidadão pode (mas a lei não), portanto, pelo uso de sua autonomia da vontade, autoafastar seu conflito da apreciação do Judiciário mediante renúncia ou transação, por declaração de vontade ou por contrato, dado não se tratar de direito absoluto, mas de faculdade inerente ao cidadão.

Com isso, o alto empregado, sendo aquele trabalhador cuja autonomia da vontade não está necessariamente maculada pela pujança econômica de seu empregador, pode pactuar cláusula de arbitragem em seu contrato de trabalho, dado o silêncio eloquente da lei quando trata do tema da arbitragem nas relações de trabalho, autorizando, na melhor

---

[426] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SE 5.206 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 12.12.2001; *DJ* 30.4.2004, p. 00029.

expressão do preceito contido no artigo 5º, inciso II, da CRFB, a fixação de mecanismos de solução diversos da jurisdição estatal.

A mesma permissão deve acompanhar as cláusulas contratuais desses empregados quanto à obrigatoriedade de passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia, quando existentes, como que validando o comando do artigo 625-D da CRFB.

É que o Supremo Tribunal Federal, quando determinou liminarmente a suspensão desse preceito legal, o fez na mesma perspectiva analisada por ele quando da apreciação daquele pedido de homologação de sentença estrangeira nº 5.207, ou seja, sempre na direção de vedar ao legislador, a legitimidade de criar obstáculos ao acesso à Justiça, não ao cidadão interessado.

Com base nessas constatações, quais sejam, de que a verdadeira autonomia pode validar cláusulas de submissão a formas diversas de solução não estatal do conflito, excluindo-se, com isso, a capacidade aprisionada dos empregados típicos e, em sentido diverso, reconhecendo maior disposição pelos altos empregados, é de se admitir válidas, da mesma forma, as cláusulas de acordos e convenções coletivas que impõem, indistintamente, a todos os trabalhadores e empregadores de certa categoria, a submissão das demandas individuais às Comissões de Conciliação Prévia instituídas.

No que tange às cláusulas dessa natureza que procurem impor a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos, afastando-se a jurisdição, não se pode admitir com a mesma facilidade.

É que o estágio atual das relações coletivas não permite reconhecer apropriada a submissão, em larga escala, de solução de ações judiciais que surgem no Brasil a sistemas arbitrais que pouco se interessam pela solução dos conflitos de trabalho. Na análise comparada de alguns sistemas, percebe-se a dificuldade em aceitar como valorosa a solução obrigatória pela arbitragem.

Sistemas como o norte-americano, no entanto, encontram-se adequadamente adaptados às técnicas de solução arbitral, alcançando bons resultados nos conflitos trabalhistas[427].

Portanto, considerando o tímido avanço do sistema arbitral, para solução dos conflitos trabalhistas, mormente em face da restrição insistente da jurisprudência dominante, bem como pela fragilidade do sistema sindical com os chamados "sindicatos de carimbo", cuja subserviência é patrocinada pela leniência estatal, não é possível considerar-se válida e adequada a solução arbitral por cláusula contratual pactuada coletivamente, a menos que preveja a possibilidade da via judicial para solução das demandas individuais, tornando, assim, facultativa a via arbitral[428].

É evidente que a insistência em manter no Estado o monopólio das soluções de conflitos é nociva ao desenvolvimento de uma sociedade moderna e atenta e menospreza os demais meios de pacificar conflitos, meios esses muitas vezes mais indicados para solução de certas demandas, afinal, "a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, eliminando conflitos e satisfazendo pretensões justas"[429].

É indispensável que a jurisprudência e a doutrina direcionem olhares sobre essas técnicas. Conforme assinalado, não é possível aceitar um sistema que mantém um número exorbitante de 3,2 milhões de ações trabalhistas propostas todos os anos, comprometendo a celeridade e a qualidade das decisões judiciais.

Esses números apontam para a inexistência de um acesso popularizado da Justiça, mostrando, todavia, tendência de judicialização das relações de trabalho, o que reflete negativamente no desenvolvimento das negociações coletivas, o que não se espera de uma sociedade desenvolvida.

---

[427] CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96, p. 43.

[428] Em sentido contrário, tem-se Márcio Yoshida, que aponta a viabilidade da cláusula de instrumento coletivo para fixar a arbitragem em dissídios individuais (YOSHIDA, M. *Arbitragem trabalhista*: um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006, p. 132).

[429] DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I, p. 118.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento de acordos e convenções coletivas que imponham, compulsoriamente, a passagem pelas Comissões de Conciliação Prévia – se existentes –, no âmbito de suas representações, como condição para ingresso da ação judicial, assimilando-se, pela negociação coletiva, o texto do artigo 625-D da CLT, não atenta ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CRFB). Isso porque fora escolhido pela livre decisão da categoria e não implica violação de nenhum outro direito da relação de trabalho, pois permite a via judicial, caso fracassada a tentativa conciliatória. Nesse caso, restaria, durante o processo de conciliação, suspensa a prescrição, a teor do disposto no artigo 625-G da CLT.

CONCLUSÃO

A tese teve como propósito sintetizar interpretação capaz de propor novo olhar sobre as relações individuais especiais e as relações coletivas sem, contudo, perder a essência do pensamento jurídico sobre as relações de trabalho, demonstrando a viabilidade de coexistência de proteção com desenvolvimento, lastreado nas normas constitucionais, nos tratados internacionais, bem como na comparação com a evolução vivida por alguns países em face da evolução legislativa recente e que podem, como fizeram no passado, contribuir para a modernização da legislação brasileira.

Feitas essas ponderações, retomam-se, a seguir, os principais pontos abordados ao longo da tese para, refletindo sobre eles, ratificar as argumentações desenhadas ao longo dos capítulos e assim justificar o reconhecimento histórico-social da necessidade de intensa proteção estatal do trabalhador, alertando que essa intensidade não é uniforme em todas as espécies de relação, motivo pelo qual se mostra adequada a modulação da autonomia da vontade.

A classificação do Direito do Trabalho como de ordem pública social corresponde à afirmação de dois importantes conceitos: o primeiro, que não se trata de um ramo do Direito cuja supremacia do interesse público impeça a disposição pura e simples de seus preceitos; e, o segundo, que o convite aos atores sociais para participar de sua evolução é indispensável à construção do novo Direito do Trabalho, apto a dar respostas às situações que não encontram alternativa no modelo tradicional de princípios uniformes e unidirecionais.

Os direitos inseridos no contexto da relação de emprego não são indisponíveis *tout court*. Há uma intenção bem definida que atrai certos preceitos normativos a esse rol restrito de direitos cuja disponibilidade seu titular não possui. A intenção é resguardar bens de elevado valor para a sociedade, entre os quais não se encontram todos os direitos trabalhistas, mas apenas aqueles que guardam relação com esse propósito.

Assim, direitos como os destinados a proteger a saúde, a vida, a dignidade, a personalidade, entre outros – e aqui cabe a ressalva de que não se teve a pretensão de esgotar o rol dos direitos indisponíveis nesta tese, mas tão somente demonstrar a indequação da classificação generalizada que parte da doutrina tradicional insiste em anunciar – que podem (e devem) ser facilmente encontrados em outras relações, ganham contornos mais detalhados nos contratos de trabalho em face da legislação especial que os regula, graças à relevância e peculiaridade que permeiam as relações de trabalho na sociedade brasileira.

Os direitos indisponíveis não podem sofrer lesão ou recusa quanto ao seu cumprimento em nenhuma circunstância – exceto nas estritas hipóteses legais, como, *v.g.*, o estado de necessidade ou legítima defesa –, sob pena de fragilizar sua armadura intransponível. Não podem, com isso, acordos sindicais, contratos individuais, e até mesmo sentenças judiciais homologatórias de acordo, valer-se da negociação para determinar o cumprimento da obrigação de forma diversa da prevista em lei, sobretudo, por representar contradição lógica e comprometer a estabilidade do sistema.

Eis o motivo pelo qual o rol de direitos indisponíveis deve ser muito bem ponderado antes de rotulado como tal. O rótulo de indisponível, como corolário lógico, impede o titular de proceder de outra maneira que não seja a fruição do direito.

Destaca-se, também, que mesmo os direitos não enquadrados nesse rol indisponível, em razão da marca indelével da subordinação nas relações de trabalho, podem não ser plenamente disponíveis aos titulares.

Essa força poderosa que limita a autonomia da vontade do empregado a ponto de comprometê-la não passou despercebida ao Direito do Trabalho que, em algumas disposições, como a delineada no artigo 468 da Consolidação, fez questão de evidenciar essa força ao impedir as alterações contratuais lesivas.

O Direito do Trabalho compõe-se, portanto, de preceitos normativos indisponíveis e de preceitos normativos disponíveis, mas que momentânea e circunstancialmente possuem a capacidade dispositiva limitada, quer em razão das regras legais ou convencionais que a restringem, quer pela flagrante desigualdade entre as partes da relação de emprego, que a dogmática jurídica tratou de reconhecer em face da evidente supremacia da subordinação

jurídica do empregador que constrange a autonomia da vontade do empregado, comprometendo-a durante o contrato de trabalho.

No entanto, as relações de trabalho migraram de uma realidade monocromática de contratos de emprego do modelo industrial, para uma situação multicolorida de formas e conteúdos. Contratos de longa duração passaram a ocupar a menor parte do fluxo de mão de obra existente. Empresas de prestação de serviços, entretenimento e terceiro setor superaram as indústrias de transformação em índices de geração de emprego.

Essas novas realidades estão sendo paulatinamente absorvidas pelo Direito. Na União Europeia das severas crises econômicas, a multiplicidade de contratos de trabalho de curta duração mostra bem essa atual situação. O dogma da proteção do empregado como garantia indelével do desenvolvimento social já se mostra fragilizado diante da necessidade de desenovlvimento da economia.

Como corolário dessas transformações, observa-se que há certas situações jurídicas em que a lei, mesmo diante de uma relação de emprego, não consegue colocar no mesmo invólucro diferentes contratos de trabalho, ou seja, há espécies de relação de emprego cuja proteção é reduzida em comparação com outras.

Essa realidade evidencia que o Direito pode tratar, *ex lege*, diferentemente empregados em decorrência da relação que mantêm com seus empregadores. Também mostra que certas espécies de relação, tidas como atípicas em razão da baixa subordinação existente, merecem tratamento diversificado, ao menos no tocante à autonomia da vontade.

Outra evidência desse estágio atual do Direito do Trabalho e das relações por ele reguladas é que, ao se discutir a autonomia da vontade das partes na relação de trabalho, deve-se separar os hemisférios das relações coletivas e das relações individuais.

As relações coletivas, cuja supremacia do poder econômico do empregador já não é tão evidente, devem ser reconhecidas como capazes de manejar de modo mais amplo a autonomia da vontade.

No plano das relações individuais, contudo, predomina a disparidade de forças, e o reconhecimento da autonomia da vontade sem as limitações pertinentemente sugeridas pela

doutrina corresponde ao perecimento das mínimas condições de subsistência digna do trabalho livre.

Em termos coletivos, faz-se necessário admitir que a evolução das negociações e do próprio sindicalismo passa pela adoção de maior autonomia aos atores sociais, regulando diretamente as condições de trabalho.

Como corolário do reconhecimento amplo da autonomia da vontade nos pactos coletivos, deve-se admitir o reconhecimento de negociações coletivas que expressem o real interesse do grupo, ainda que seja para derrogar normas coletivas de maior abrangência.

A concertação social implantada pelos países da União Europeia evidencia sobremaneira a importância e autonomia dos entes sociais na busca pela solução para o cenário socioeconômico experimentado pelas sociedades do Velho Continente.

É certo que o sistema brasileiro não privilegia o desenvolvimento sindical. Muito criticado em quase toda a doutrina especializada, o modelo sindical nacional mantém um sindicalismo letárgico e subserviente, mas essa constatação não deve impedir os avanços possíveis no campo das negociações.

Lastreados no texto constitucional, nas convenções da Organização Internacional do Trabalho e nas experiências de outros países, é indispensável reconhecer a urgência de fomentar, o quanto possível, as tratativas diretas e amplas das representações sindicais na busca pelo melhor desenho das relações de trabalho.

Os acordos coletivos derrogatórios de convenções coletivas devem, portanto, ser permitidos total ou parcialmente, dado o reconhecimento das especialidades regionais, temporais e setoriais encontradas no vasto território nacional. Em razão disso, afirma-se equivocada a redação atual da Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho, porque, em vez de promover e estimular a negociação coletiva, aprisiona-a em um cenário confortável e imune à realidade, contribuindo, contudo, para o subdesenvolvimento sindical de alta dependência estatal.

Se no plano coletivo é urgente o reconhecimento da autonomia da vontade dos entes sociais, no plano individual nem tanto. O predomínio das relações de emprego de alta subordinação ainda limita a autonomia da vontade dos empregados, não sendo adequado

admitir que, por serem capazes civilmente, têm liberdade para dispor de seus direitos nas relações de trabalho.

A pujança econômica do empregador nas relações de trabalho torna inadequado reconhecer ao empregado, liberdade plena e absoluta na fruição de seus direitos, podendo deles dispor a qualquer momento e sob qualquer condição.

É necessário, contudo, reconhecer que há certas relações que devem receber tratamento diferenciado, como que reconhecendo a maturidade de seus sujeitos, sempre na perspectiva de promover o desenvolvimento, nem sempre como sinônimo de acúmulo de vantanges, mas sempre para capacitar as pessoas ao universo competitivo e globalizado.

Os altos empregados, assim considerados os ocupantes de cargos de confiança, devem ter maior liberdade e autonomia no trato com seu empregador.

Essa conclusão baseia-se não apenas nas experiências de outros países que dedicam, em alguns casos, normas específicas para tratar esses empregados, como Espanha e Itália, mas também pelo reconhecimento do Direito interno a essa condição especial, quando, *v.g.*, admite a transferência *ad nutum* do ocupante de cargo de confiança para localidade diversa da que resultar o contrato sem, com isso, violar a cláusula *pacta sunt servanda*.

Exceção feita ao núcleo de direitos indisponíveis e às modificações *in pejus* no curso do contrato de trabalho, deve-se reconhecer a validade jurídica a pactos envolvendo altos empregados como resultante da autonomia da vontade em face de sua especial condição. Com isso, cláusulas compromissórias de solução arbitral ou de passagem obrigatória pelas Comissões de Concilação Prévia, bem como acordos extrajudiciais, resultantes da boa-fé e lisura contratual, não podem ser rejeitados pelo Direito.

Isso implica reconhecer, também, que as alegações em sede de reclamação trabalhista, formuladas por altos empregados e que visem desconstituir atos de disposição lastreados no artigo 9º da CLT ou nos princípios da irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos trabalhistas, devem ser provadas à luz da teoria tradicional de distribuição do ônus da prova e nunca na perspectiva de privilegiar o Reclamante com o uso de técnicas

como a da distribuição dinâmica do ônus da prova, por atender melhor os princípios da imparcialidade, em razão do processo legal e da paridade de armas.

O artigo 9º e seu comando de inafastabilidade dos preceitos Consolidados ganham, com essa nova visão, prisma diferente em relação aos altos empregados e aos acordos resultantes das negociações coletivas. A inspiração daquele dispositivo legal está ligada à ideia de supremacia da subordinação e da fragilidade do trabalhador hipossuficiente. Nessas figuras específicas de relação, como se pretendeu demonstrar ao longo da presente tese, não se encontra tão evidente essa supremacia, afastando-as sensivelmente do dirigismo contratual tradicional, o que permite, em certa medida, a atração dos conceitos e orientações do Direito comum – fonte de Direito do Trabalho – e, por consequência, realiza o ideal de organismo que deve prevalever, o quanto possível, entre os diversos ramos do Direito, ao contrário de uma hermenêutica que se propõe a tornar o Direito do Trabalho tão alheio ao sistema que confunda autonomia com autismo.

A posição tradicional do Direito aprisiona, indistintamente, as relações de trabalho na mesma esfera de proteção, por considerar que o reconhecimento da heterogeneidade dessas relações pode acarretar degradação dos direitos e conquistas alcançadas ao longo da história.

No entanto, esse aprisionamento conduz a um cenário fictício e ilusório, típico dos sistemas paternalistas, em que o Estado mitiga a participação dos sujeitos na perspectiva de poupá-los, o quanto possível, da dinâmica da vida social, real e nem sempre favorável,

O modo de pensar o Direito do Trabalho contemporâneo passa, necessariamente, pelo reconhecimento da diversidade de relações e pela ruptura com o processo de publicização dos contratos de trabalho especiais e das relações coletivas, mantendo as partes na incerteza da adequada extensão do conceito de autonomia da vontade e do controle sufocante do Estado, o que resulta, também, na judicialização das relações de trabalho, corolário da incerteza e descrença da capacidade dos particulares em gerir suas relações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de los Estudios Constitucionales, 1997.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A. H.-G. Título I. Disposiciones generales. In: MARTÍN MUÑOZ, A. de; HIERRO ANIBARRO, S. (Coords.). *Comentario a le ley de arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

AMADO, J. L. *Contrato de trabalho*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____.*Contrato de trabalho desportivo anotado*. Coimbra: Coimbra, 1995.

APRIGLIANO, R. de C. *A ordem pública no direito processual civil*. 2010. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

ARAÚJO, E. N. de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

AULETE, C. *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*. 5. ed. Rio de Janeiro: Delta, 1970. v. III.

AZEVEDO, A. G. de (Org.). *Estudos em arbitragem mediação e negociação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BAPTISTA, A. M. *Direito laboral desportivo*: estudos. Lisboa: Quid Juris, 2003.

BARASSI, L. *Tratado de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Alfa, 1953.

BARBI, C. A. C*omentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BARROS JUNIOR, C. M. Arbitragem no direito do trabalho no Mercosul. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano X, n. 10, p. 77-87, 2002.

BARROS, A. M. de. *As relações de trabalho no espetáculo*. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2008.

_____. Limites da renúncia e da transação judicial e extrajudicial. *Revista LTr*, São Paulo, v. 61, n. 10, p. 1.321-1.327, out. 1997.

BARROSO, L. R. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. *Revista Justitia*, São Paulo, ano 65, v. 198, p. 255-267, jan.-jun. 2008.

BEVILACQUA, C. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BIAGI, M. *Instituzione di diritto del lavoro*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2003.

BÍBLIA Sagrada. Versão revista e corrigida na grafia simplificada, da tradução de João Ferreira de Almeida. Rio de Janeiro: Junta de Educação Religiosa e Publicações Imprensa Bíblica Brasileira, 2006. (Novo Testamento).

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BONFIM, A. P. R. de; MENEZES, H. M. F. de. *Manual de mediação, conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

BULGUERONI, R. O. Parassubordinação: origens, elementos, espécies e tutela. In: MANNRICH, N. (Coord.). *Reforma do mercado de trabalho*: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010.

CAHALI, Y. S. *Dos alimentos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CALMON, P. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARINCI, F. Il diritto di sciopero: la nouvelle vague all´assalto della titularità individuale. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriale*, ano XXXI, n. 123, 2009.

CARINCI, F. et al. *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*. 6. ed. Torino: Utet, 2006. v. 2.

CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CESARINO JUNIOR, A. F. *Direito social brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1970. v. 1.

CLAY, T. L´arbitrage en droit du travail: quel avenir après le rapport Barthélémy-Cette? *Droit Social*, Paris, n. 9/10, p. 930-946, sept.-oct. 2010.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DALLEGRAVE NETO, J. A. (Coord.). *Direito do trabalho*: estudos. São Paulo: LTr, 1997.

DASCAL, M. *Interpretação e compreensão*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DE LUCCA, C. M. Origens, natureza jurídica e tipos de greve In: FRANCO FILHO, G. de S. (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

DE PLÁCIDO E SILVA, Vieira. *Vocabulário jurídico*. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DELA VILLA, L. E. El principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales. *Revista de Politica Social*, Madrid, n. 85, p. 9-10, 1970.

DELGADO, J. A. *A ordem pública como fator de segurança*. Brasília: BDJur, 2007. p. 20. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/10215>. Acesso em: 21 nov. 2013.

DELGADO, M. G. *Curso de direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*, São Paulo, v. 70, n. 6, jun. 2006.

_____. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed São Paulo: LTr, 2003.

DEVEALI, M. L. La pluralidad de las fuentes y el principio del régimen más favorable para el trabajador. *Revista Argentina Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, t. XXII, 1962.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, M. B. *Manual de direito das famílias*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLON, A. *Sistema de derecho civil*. 5. ed. Madrid: Tecnos. 1985. v. I.

DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 5.

_____. *Código civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, J.; TIBURCIO, C. *Direito internacional privado*: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ELSTER, J. *Ulisses liberto*: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. São Paulo: UNESP, 2000.

FARALLI, C. *A filosofia contemporânea do direito* – temas e desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERNANDES, A. L. M. *Direito do trabalho*. 11. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERNANDES, R. F. *A legitimação para as demandas coletivas no processo do trabalho*: a legitimação sindical privilegiada. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) –

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. f. 106-115. Publicado em 9.9.2011. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-08092011-092713/pt-br.php>. Acesso em: 27 jun. 2013.

FERRARO, G. Rinunzie e transazioni del lavoratore. *Enc. Giur. Treccani*, Roma, v. XXVII, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. *In claris cessat interpretatio*? Algumas reflexões sobre os limites da interpretação jurídica. *Revista Forense*, São Paulo, ano 104, v. 400, 255-269, nov.-dez. 2008.

_____. *Introdução ao estudo do direito. Técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, R. *Novo código civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRANCO FILHO, G. S. *Curso de direito coletivo do trabalho*: estudos em homenagem ao ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.

FREDIANI, Y. A emenda constitucional nº 45/2004 e o exercício do direito de greve nas atividades essenciais e no serviço público. *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXV, n. 82, jun. 2005.

FRIGIERI, Carlos Alberto. *Da inconstitucionalidade da prescrição parcial para o trabalhador rural*. São Paulo: LTr, 2009.

FURTADO, E. T. *Alteração do contrato de trabalho*. São Paulo, LTr, 1994.

GALANTINO, L. *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011 e il nuovo ruolo della contrattazione aziendale*. Trabalho publicado pela Fundação Marco Biagi, da Università di Modena e Reggio Emilia, Modena, em 2011. Disponível em: <www.fmb.unimore.it/on-line/.../documento8540.htm>. Acesso em: 30 maio 2013.

_____. *Diritto del lavoro*. Torino: G. Giappichelli, 2006a.

_____. *Diritto sindacale*. 14. ed. Torino: G. Giappichelli, 2006b.

GARMENDIA ARIGÓN, M. *Ordem pública e direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

GARRO, A. M.; AMERICAN BAR ASSOCIATION; ZELEK, M. E.; PUGATCH, L. C. *Commercial and labor arbitration in Central America*. New York: Ardsley-on-Hudson, 1991.

GIGLIO, W.; CORRÊA, C. G. V. *Direito processual do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GIUGNI, G. *Diritto sindacale*. Roma: Caccuci, 2010.

GOMES, O. *Introdução ao direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

_____. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

GOMES, O.; GOTTSCHALK, E. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. rev. e atual. de acordo com a Constituição de 1988, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOTTSCHALK, E. F. *Norma pública e privada no direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1944.

GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRINOVER, A. P. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GRISOLIA, J. A. *Derecho del trabajo y la seguridad social*. 13. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. v. 1-2.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HERNANDEZ, S. Una rilettura dell'inderogabilità nella crisi dei principi del diritto del lavoro. *Diritto del Lavoro*, v. LXXVII, n. 8, 2003.

IHERING, R. von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

JEAMMAUD, A. Direito do trabalho em transformação: tentativa de avaliação. *Plural*: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense*, Porto Alegre, n. 1, p. 9-31, 1998.

JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. Q. P. *Direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LEITE, J. *Código do trabalho* – algumas questões de (in)constitucionalidade. *Revista Questões Laborais*, Coimbra, ano X, n. 22, p. 270-273, 2003.

LOZANO, D. A. (Coord.). *Comentarios a la ley de arbitraje de 2003*. Camino de Galar: Aranzadi, 2005.

MAGANO, O. B. *O direito do trabalho e a ordem pública*. *Revista LTr*, São Paulo, v. 59, n. 12, dez. 1995.

_____. *Política do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995a.

MAGANO, O. B. *Política do trabalho.* São Paulo: LTr, 1995b. v. 2.

_____. *Manual de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1984. v. 2.

MALLET, E. *Direito, trabalho e processo em transformação*. São Paulo: LTr, 2005.

_____. Discriminação e processo do trabalho. *Revista do TST*, Rio de Janeiro, v. 65, n. 1, p. 148-159, out./dez. 1999.

MANNRICH, N. Relações entre legislado e negociado: vale a pena retomar esse debate?. *Revista Brasileira de Filosofia*, São Paulo, ano 60, n. 237, p. 165-167, 2011.

_____. *A reforma do mercado de trabalho*: a experiência italiana. São Paulo: LTr, 2010.

_____. O direito do trabalho e a crise econômica e outros estudos. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano XVII, n. 17, 2009a.

_____. Inderrogabilidade da norma trabalhista e indisponibilidade de direitos: algumas reflexões. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano XVII, n. 17, p. 78-84, 2009b.

_____. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

MARANHÃO, D. *Direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, Serviço de Publicações, 1966.

MARTINS FILHO, I. G.; MANNRICH, N.; PRADO, N. (Coords.). *Os pilares do direito do trabalho*. São Paulo: Lex Magister, 2013.

_____. Os pilares do direito do trabalho – princípios e sua densidade normativa. *Revista LTr*, São Paulo, v. 76, n. 7, jul. 2012.

MARTINS, S. P. *Direito do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. *Direito do trabalho.* 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Comissões de conciliação prévia*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008a.

_____. *Direito processual do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2008b.

_____. *Direitos trabalhistas do atleta profissional de futebol*. Disponível em: <http://www.trt18.jus.br/portal/arquivos/2012/03/artigo_001-pmartins-futebol.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2013.

MASSI, E. *Collegato lavoro* – conciliazione e arbitrato nel nouvo processo del lavoro. Milano: Ipsoa, 2011. v. 4.

MAZEAUD, A. *Droit du travail*. 7. ed. Paris: Montchrestien, 2010.

MELGAR, A. M. *Derecho del trabajo*. 30. ed. Madrid: Tecnos, 2009.

MERCHÁN, J. F. M.; MEDINA, J. M. C. *Tratado de derecho arbitral*. Camino de Galar: Aranzadi, 2006.

MISCIONE, M.; GAROFALO, D. *Il collegato lavoro. Commentario allá Legge n. 183/2010*. Milanofiori Assago: Ipsoa, 2011.

MORAES FILHO, E. de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. v. I.

MORAES FILHO, E. de; FLORES DE MORAES, A. C. *Introdução ao direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003.

_____. *Introdução ao direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1995.

MORAIS, J. L. B. de; SPENGLERA, F. M. *Mediação e arbitragem*: alternativas à jurisdição!, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUJICA, J. N. *Introducción al derecho del trabajo*. 2. ed. Lima: Fondo Editorial PUC Perú, 2012.

MUÑOZ, A. de M.; ANIBARRO, S. H. (Coord). *Comentario a la ley de arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

_____. *Direito contemporâneo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011b.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000a.

_____. O debate sobre a negociação coletiva. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 9, 2000b.

_____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 1983.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CRETELLA NETO, J. *Das cláusulas típicas dos contratos internacionais do comércio*. 2009. Tese (Concurso de Professor Titular) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009. f. 889.

OLIVEIRA, F. A. de. *Manual de direito individual e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PAASHAUS, G. C.; CAETANO, L. A. *Do juízo arbitral*: arbitragem e mediação hoje. 2. ed. São Paulo: Pillares, 2006.

PEDRASSANI, J. P. *Os pilares do direito do trabalho*. São Paulo: Lex Magister, 2013.

PEDREIRA DA SILVA, L. de P. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999.

_____. A negociação coletiva do setor público. In: PRADO, N. (Coord.). *Direito sindical brasileiro*: estudos em homenagem ao prof. Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1998.

PÉLISSIER, J. *Droit du travail*. 26. ed. Paris: Dalloz, 2011.

PELISSIER, J.; AUZERO, G.; DOCKÈS E. *Droit du travail*. 26. ed. Paris: Dalloz, 2011.

PÉLISSIER, J.; SUPIOT, A.; JEAMMAUD, A. *Droit du travail*. Paris: Dalloz, 2004.

PELLICER, A. B. *La Individualización de las relaciones laborales*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1995.

PEREIRA, C. A. G.; TALAMINI, E. (Coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. IV.

_____. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938. v. I.

PORTO, N. Para além do "negociado x legislado": uma leitura da autonomia negocial coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sob a égide dos direitos fundamentais. In: MARTINS FILHO, I. G.; MANNRICH, N.; PRADO, N. (Coords.). *Os pilares do direito do trabalho*. São Paulo: Lex Magister, 2013.

POSE, C. *Fraude y simulación en el derecho laboral*. Buenos Aires: David Grinberg, 2007.

PRADO, N. *Direito sindical brasileiro*: estudos em homenagem ao professor Arion Sayão Romita. São Paulo: LTr, 1998.

RAMALHO, M. R. P. *Direito do trabalho*: dogmática geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. v. I.

_____. *Estudos de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2003. v. I.

RAMOS, E. da S. *Ativismo judicial*: parâmetros dogmáticos, Saraiva: São Paulo, 2010.

REALE, M. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROBLES MORCHÓN, G. Direito de empresa e direito do trabalho, *Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo*, ano XXIII, n. 70, jul. 2003.

_____. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas, 1995.

_____. Prevalência da negociação coletiva sobre a lei. *Revista LTr*, São Paulo, v. 64, n. 10, out. 2000.

RODRIGUES, S. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.

RODRIGUEZ, A. P. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

_____. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. *Direito do trabalho*: temas em aberto. São Paulo: LTr, 1998a.

_____. Os princípios de direito do trabalho constituem fonte do direito?. In: _____. (Coord.). *Estudos sobre as fontes do direito do trabalho*. São Paulo LTr, 1998b.

_____. O conceito de categoria. In: FRANCO FILHO, G. de S. (Coord.). *Curso de direito coletivo do trabalho*: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1998.

_____. Legitimação ordinária do sindicato. *Revista LTr*, Rio de Janeiro, 1992.

ROMITA, A. S. *O princípio da proteção em xeque e outros ensaios*. São Paulo: LTr, 2003.

RUSSOMANO, M. V. *Comentários à CLT*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. v. I.

_____. *Princípios de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Princípios gerais de direito sindical*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SAAD, E. G. *CLT comentada*. São Paulo: LTr, 2000a.

_____. *Comissão de conciliação prévia* – teoria e prática. São Paulo: LTr, 2000b.

SANSEVERINO, L. R. *Diritto sindacale*. 3. ed. Roma: Edizioni dell'Ateneo, 1956.

SANTORO-PASSARELLI, G. *Diritto dei lavori*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2004.

SANTOS, M. A. *Prova judiciária no cível e no comercial*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. 2.

SICHES, L. R. *Introducción al estudio del derecho*. 15. ed. México: Porrúa, 2006.

SILVA, J. A. da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, O. P. e. *Subordinação, autonomia e parassubordinação nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.

_____. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SILVA, V. A. da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, São Paulo, v. 4, p. 23-51, 2006.

SOUTO MAIOR, J. L. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

STRATHERN, P. *Wittgenstein em 90 minutos*. Tradução Maria Helena Geordane. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

SUPIOT, A. *El derecho del trabajo*. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

_____. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra, 2003.

SÜSSEKIND, A. L. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: 1999.

SÜSSEKIND, A. L. et al. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2002. v. 1-2.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008.

TELLES JÚNIOR, G. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TEYSSIÉ, B. *Droit du travail relations collectives*. 4. ed. Paris: Lexis Nexis, 2005.

VENOSA, S. de S. *Direito civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

WALD, A. *O novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2000.

WAMBIER, T. A. A. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

XAVIER, B. da G. L. *Curso de direito do trabalho*. 3. ed. Lisboa: Verbo, 2004.

YÁÑEZ VELASCO, R. *Comentarios a la nueva ley de arbitraje*. Valência: Tirant lo Blanch, 2004.

YOSHIDA, M. *Arbitragem trabalhista*: um novo horizonte para a solução dos conflitos laborais. São Paulo: LTr, 2006.

ZAINAGHI, D. S. *As horas extras do jogador de futebol*. Disponível em: <http://www.zainaghi.adv.br/web/view2.asp?paNumero=41>. Acesso em: 23 ago. 2013.