

O CONFLITO DE NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO

El conflicto de normas en el derecho del trabajo

Taise Carla Campagnin¹
Rodrigo Barzotto Pereira de Souza²
Thiara Zen³
Leandro Chiarello de Souza⁴
Rubens Luís Freiberger⁵

Resumo: Este artigo versa sobre o conflito de normas no Direito do Trabalho, uma vez que o mercado de trabalho sofre constantes modificações, gerando questionamentos aos operadores do Direito quanto a aplicação de uma ou outra norma, especialmente as dispostas na Constituição Federal de 1988 face a outras de origem infraconstitucional. O objetivo geral do estudo é pesquisar sobre a aplicabilidade das normas concernentes ao Direito do Trabalho em casos de conflitos, sem usurpar os direitos dos trabalhadores, focando na aparente divergência entre Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e negociação coletiva. São objetivos específicos: apontar as fontes do Direito do Trabalho; definir a hierarquia das normas no direito comum e no Direito do Trabalho, prestigiando as teorias da acumulação, do conglobamento e do conglobamento mitigado; e, relatar como a doutrina e jurisprudência tem se posicionado para melhor resolver os conflitos, demonstrando as divergências em casos concretos. Ao final, conclui-se que, em que pese, haja a aplicação do princípio protecionista nas relações de trabalho, onde sempre deve prevalecer a disposição mais benéfica ao trabalhador, recentemente as decisões das Cortes de julgamento tem adotado o entendimento que direitos podem ser suprimidos.

Palavras-chave: Fontes Justrabalistas; Hierarquia; Conflito.

Resumen: Este artículo versa sobre las normas de conflicto en la legislación laboral, ya que el mercado de trabajo sufre cambios constantes, planteando preguntas a los profesionales del derecho como la aplicación de cualquiera de las normas, especialmente las previstas en la Constitución Federal de 1988, contra otras de jerarquía inferior. El objetivo general del estudio es investigar la aplicabilidad de las normas relativas a la legislación laboral en caso de conflicto, sin usurpar los derechos de los trabajadores, centrándose en la aparente discrepancia entre la Constitución,

¹ Acadêmica da 10ª fase do Curso de Direito, da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP, Caçador-SC.

² Professor Orientador - Esp. Rodrigo Barzotto Pereira de Souza.

³ Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP (2011). Graduada Bacharel em Direito pela UnC – Universidade do Contestado Campus Caçador (2006). Advogada com a OAB/SC 24.822. Professora na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP.

⁴ Professor do Curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP), nas disciplinas Direito do Trabalho I, Direito Tributário I e Direito Tributário II.

⁵ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC e Especialista em Advocacia Trabalhista pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal - UNIDERP. Possui experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho. Atua como Professor Universitário no Curso de Direito na Universidade Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Advogado militante no Estado de Santa Catarina.

Consolidación de las Leyes Laborales y la negociación colectiva. Objetivos específicos: señalar las fuentes del derecho del trabajo; definir la jerarquía de las normas en el derecho común y el derecho del trabajo, honrando las teorías de la acumulación, la conglobamento y conglobamento mitigado; e informar cómo la doctrina y la jurisprudencia se ha posicionado para mejor resolver conflictos, lo que demuestra las diferencias en casos específicos. Al final, se llega a la conclusión de que, a pesar de que hay la aplicación del principio proteccionista en las relaciones laborales, que siempre debe prevalecer el acuerdo más beneficioso para el trabajador, las últimas decisiones de los tribunales han adoptado el entendimiento de que los derechos pueden ser suprimidos.

Palabras-clave: Fuentes Justrabalhistas; Jerarquía; Conflicto.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta como tema o conflito de normas no Direito do Trabalho. A publicação do Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943 – Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – criou o principal instrumento regulador das relações de trabalho, juntamente com a Constituição Federal de 1988. Com o passar dos anos, muitas foram as alterações sofridas na tentativa de adequar às novas realidades do mercado de trabalho, o que acabou gerando questionamentos quanto a efetivação das garantias ali estabelecidas.

É neste contexto que surge o problema do conflito das normas e qual deve ser aplicada. Certo é, que na comparação entre duas normas, é necessário verificar, primeiramente, se ambas obedecem a hierarquia formal, para depois encontrar a mais benéfica ao empregado.

O presente estudo tem como justificativa o conflito das normas jurídicas trabalhistas, especialmente no que se refere às divergências entre a Consolidação das Leis do Trabalho, a Constituição Federal e, mais recentemente, com o advento da possibilidade de flexibilização, a negociação coletiva, com prevalência do negociado sobre o legislado.

A questão é que esses conflitos geram dúvidas aos aplicadores e futuros aplicadores do Direito, gerando questionamentos quanto aos reais direitos trabalhistas. Tal problemática, por sua vez, cria certa insegurança jurídica e inúmeros entendimentos jurisprudenciais, ora convergentes, ora divergentes.

Assim, a pesquisa pauta-se no objetivo geral de pesquisar sobre a aplicabilidade das normas concernentes ao Direito do Trabalho em casos de conflitos, sem usurpar os direitos dos trabalhadores, focando na aparente divergência entre Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho e negociação coletiva.

São objetivos específicos: apontar as fontes do Direito do Trabalho; definir a hierarquia das normas no direito comum e no Direito do Trabalho, prestigiando as teorias da acumulação, do conglobamento e do conglobamento mitigado; e, relatar como a doutrina e jurisprudência tem se posicionado para melhor resolver os conflitos, demonstrando as divergências em casos concretos.

Quando se fala em fontes, remete-se a origem, a indagação do por que surgiram as normas do direito e também como surgiram. No Direito do Trabalho elas se classificam em material, que são fatores sociais, políticos e econômicos que acarretam a necessidade de surgimento de uma norma, portanto, ela é pré-jurídica, tem-se o problema, mas não a solução. Já a fonte formal é a exteriorização do direito, ou seja, é a norma já elaborada. Por sua vez, as fontes formais dividem-se em autônomas e heterônomas.

Com relação à hierarquia, segundo a classificação do Direito comum, mais precisamente, de acordo com a pirâmide elaborada por Hans Kelsen, no topo hierárquico estão as normas constitucionais, seguidas pelas leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias. Por conseguinte, os decretos e, sucessivamente, os diplomas de menor eficácia e intensidade normativa. Já no campo juslaboral, há certa flexibilidade, estando no topo da pirâmide hierárquica a norma mais favorável ao trabalhador.

Para finalizar serão apresentados alguns conflitos em casos concretos como o direito as horas extras, expressamente garantido pela Constituição Federal, mas excluído aos gerentes pela Consolidação das Leis do trabalho. Outro caso abordado é o da flexibilização com a possibilidade de redução de direitos e garantias dos trabalhadores, quando permite que o negociado prevaleça sobre o legislado. Para tanto, será elaborada pesquisa jurisprudencial e doutrinária para análise das soluções aplicadas a esses casos em específico.

2 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

No sentido jurídico, as fontes são os componentes utilizados no processo de composição, de origem, de produção do direito, ou, nas palavras de Luciano Martinez, fontes são “as estruturas de poder de onde emergem as normas – princípios e regras

– que disciplinam os efeitos decorrentes dos fatos e atos jurídicos”.⁶

As fontes no Direito do Trabalho diferenciam-se das provenientes de outros ramos jurídicos, pois, possuem um número amplo de regras provindas de fonte privada, contrapondo as inúmeras oriundas da fonte estatal. Esse pluralismo jurídico importa em normas criadas pelo Estado, mas também por grupos sociais, como a Igreja, uma corporação profissional, entre outros. Por derradeiro, esses grupos sociais particulares influenciam na formação do direito de tal modo que, em alguns casos, são até mesmo contrários à ordem jurídica estatal.⁷

No Direito do Trabalho há um plurinormativismo as fontes podem ser classificadas em materiais e formais.

Entendem-se como fontes materiais de direito os elementos que estão na base da elaboração da norma jurídica. Na visão de Garcia, “fontes materiais referem-se aos fatores sociais, econômicos, políticos, filosóficos e históricos que deram origem ao Direito, influenciando na criação das normas jurídicas.”⁸

Já as fontes formais são as formas de exteriorização do direito. São aquelas que visam expressar juridicamente as fontes materiais, dando-lhes o caráter de direito positivo, ou seja, são a exteriorização do Direito (leis, costumes, etc).⁹ Por sua vez, as fontes formais podem ser classificadas em autônomas e heterônomas.

As fontes heterônomas são assim conceituadas por Mauricio Godinho Delgado:

Heterônomas seriam as regras cuja produção não se caracteriza pela imediata participação dos destinatários principais das mesmas regras jurídicas. São, em geral, as regras de direta origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas produzidos no âmbito do aparelho do Estado.¹⁰

Já as fontes formais autônomas constituem naquelas normas produzidas por certos grupos sociais organizados, como os usos e costumes, e os instrumentos

⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://161919.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161919>>. Livro digital. ISBN 978850262466-5, cap. 1

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 379

⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 46

⁹ FONTES do direito do trabalho. Colunista Portal – Educação. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/24542/fontes-do-direito-do-trabalho>>. 2012. Acesso em: 22 set. 2015. p. 1

¹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 141

normativos decorrentes da negociação coletiva (acordos coletivos e convenções coletivas). É uma atividade desenvolvida por sujeitos distintos do Estado que ao final do processo serão os destinatários do regramento.¹¹ Também é fonte autônoma os usos e costumes.

São fontes heterônomas do Direito do Trabalho: a Constituição, as leis e medidas provisórias, os tratados e convenções internacionais, os regulamentos normativos, as portarias, avisos, instruções e circulares e também a sentença normativa.

Além dessas fontes, existem outras figuras consideradas especiais, são elas: o laudo arbitral, o regulamento empresarial, a jurisprudência, os princípios, a doutrina, a equidade, a analogia e as cláusulas contratuais.

3 HIERARQUIA ENTRE AS FONTES JUSTRABALHISTAS

Como estudado anteriormente, a ordem jurídica é constituída de diversas fontes e, nos casos de o aplicador do direito encontrar várias normas para um único caso, nem sempre em harmonia, aparecerá a necessidade de estabelecer a hierarquia, ou seja, “a precedência de normas para a aplicação da que ocupar o primeiro lugar em detrimento das demais.”¹²

A noção de hierarquia é comum ao Direito e significa ordem, graduação, organização segundo uma preferência, ou seja, colocar em ordem de acordo com um critério. É imprescindível a necessidade de regulação do problema da pluralidade de ordens jurídicas do ordenamento, pois, se assim não fosse, inúmeras normas concorreriam, desordenadamente, para a solução de casos concretos, dificultando a escolha da norma adequada.¹³

Diante da pluralidade de normas que compõe o ordenamento jurídico, o jurista Hans Kelsen criou a chamada teoria pura do direito, segundo a qual, “é a norma fundamental que constitui a unicidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa.”¹⁴

No direito comum, observa-se a teoria de que as normas de um ordenamento

¹¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 46

¹² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 517

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 516

¹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217

não estão todas no mesmo plano, ou seja, existem normas superiores e normas inferiores, das quais, estas derivam aquelas. Partindo dessa premissa, tem-se que, iniciando nas normas inferiores e passando por aquelas que estão mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior. Tal norma suprema é a norma fundamental.¹⁵

Observa-se, dessa forma, que o ordenamento jurídico apresenta uma estrutura hierárquica em forma de pirâmide. Nessa pirâmide, nada agride a Constituição e ela apresenta-se com a seguinte disposição: Constituição, no ápice da pirâmide, ao lado das emendas constitucionais. Logo após, as leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias. Por conseguinte, os decretos e, sucessivamente, os diplomas de menor eficácia e intensidade normativa.¹⁶

Ainda, nessa pirâmide, as normas podem ser consideradas executivas e produtivas: executivas em relação à norma superior e produtivas em relação à norma inferior. Ou seja, observada a pirâmide de cima para baixo, verificar-se-á uma série de processos de produção jurídica; se observada de baixo para cima, verificar-se-á uma série de processos de execução jurídica. Contudo, nos planos extremos ocorre só produção (norma fundamental) ou só execução (atos executivos).¹⁷

No Direito do Trabalho, a hierarquia tem características especiais que a colocam num patamar diferente daquele do direito comum. Dentre essas características especiais, destacam-se a composição diversificada das fontes justralhistas, estas incluindo uma enorme variedade de normas não estatais, como as convenções e os acordos coletivos de trabalho e, o princípio da norma mais favorável ao trabalhador na escolha da norma, dentre outras sobre a mesma matéria, que deve prevalecer nessa escala.¹⁸

O direito do trabalho, é composto por normas que asseguram um mínimo de proteção ao trabalhador e, por isso, em vez de recorrer a essas técnicas tradicionais de solução de antinomias, orienta a aplicação da norma mais favorável, aquela que apresenta a conquista mais significativa do conjunto de trabalhadores.¹⁹

Neste diapasão, verifica-se que os componentes normativos justralhistas apresentam notável especificidade perante o direito comum, ou seja, o critério

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 199

¹⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 174

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. p. 201

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. p. 516

¹⁹ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. p. 83

informador da pirâmide hierárquica no Direito do Trabalho é distinto do rígido e inflexível imperante no Direito Comum.²⁰

Na concepção de Martinez, “no plano das relações de trabalho, não se pode falar em uma hierarquia normativa rígida, haja vista no topo da pirâmide hierárquica estará a norma mais favorável ao trabalhador.”²¹ Esse princípio da norma mais favorável não se harmonizaria com a inflexibilidade piramidal típica do Direito Comum, bem como, o conglomerado de normas não estatais entraria em choque com a rigidez das normas estatais, frustrando o desenvolvimento democrático do Direito do Trabalho.²²

Sendo assim, “o ápice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas é a norma mais favorável ao trabalhador.”²³ O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável, não será a Constituição Federal ou a lei federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador.²⁴

Por ser flexível, o direito laboral constrói teorias para a hábil execução do seu critério hierárquico. São elas: a teoria da acumulação; a teoria do conglobamento e a teoria do conglobamento mitigado.

Sobre a teoria da acumulação, Carvalho ensina que implica que se tome de cada norma o que é mais conveniente ao trabalhador, fracionando dessa maneira as leis para buscar em cada uma o mais favorável.²⁵ Ainda, na visão mais didática de Alice Monteiro de Barros: “A teoria da acumulação implica extrair de cada uma das fontes, objeto de comparação, as disposições mais favoráveis ao empregado, e, reunidos, esses “retalhos” serão aplicados ao caso concreto.”²⁶

A teoria do conglobamento, sustenta que as normas devem ser comparadas em seu conjunto. Tal teoria estabelece a comparação entre dois regimes em seu conjunto, ou seja, considera o caráter unitário de cada um, excluindo a possibilidade de aplicar simultaneamente disposições de um regime e de outro.²⁷

Por fim, segundo a teoria do conglobamento mitigado, ao invés de verificar, na sua integralidade, qual o conjunto mais favorável ao trabalhador, o aplicador

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 174

²¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. cap. 1

²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 175

²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 47

²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. p. 176

²⁵ CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. p. 84

²⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. p. 131

²⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. p. 53

seleciona, dentro de um conjunto, os institutos que podem ser apreciados separadamente.²⁸ São exemplos de institutos que podem ser analisados separadamente conforme a teoria do conglobamento mitigado: o regime de férias, o regime de despedimento, aviso prévio.²⁹

A teoria do conglobamento mitigado ou por institutos é a adotada pelo ordenamento justralhista brasileiro e entendida como a melhor alternativa entre as teorias, pois melhor assegura o princípio da norma mais benéfica aos trabalhadores.³⁰

4 RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO

BRASILEIRO

No Direito do Trabalho, na aplicação da norma no caso concreto, o conflito tem sido resolvido com a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador que se traduz nos seguintes termos: havendo duas ou mais normas dispendo sobre a mesma matéria, prevalecerá a que mais beneficiar o trabalhador.³¹

Neste sentido, é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. ADICIONAL DE HORAS EXTRAS - PERCENTUAL 100%. FERIADOS TRABALHADOS. COMPENSAÇÃO. Acórdão proferido em recurso ordinário a traduzir, quanto ao adicional de horas extras, a **aplicação do princípio da norma mais favorável, derivação do mega princípio da proteção que informa o Direito do Trabalho**. Ademais, o exame das razões esgrimidas na revista exigiria revisita ao conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 126/TST. Revista desfundamentada, quanto à compensação requerida, à luz do art. 896 da CLT, a inviabilizar por qualquer ângulo o seu trânsito. Agravo de instrumento conhecido e não-provido.³² (grifo não original)

Contudo, existem controvérsias que devem ser analisadas no caso concreto.

Um dos casos é o conflito entre Constituição Federal e Consolidação das Leis

²⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. cap. 2

²⁹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. cap. 5

³⁰ FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. cap. 5

³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. Segunda parte. cap. 5

³² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 27700-76.2002.5.03. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. 3ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 21 maio 2008. Publicado no DJ em: 13 jun. 2008. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2027700-76.2002.5.03.0064&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAADuAAN&dataPublicacao=13/06/2008&localPublicacao=DJ&query=norma%20and%20mais%20and%20favor%E1vel>>. Acesso em: 14 set. 2016. p. 01

do Trabalho ao tratar das horas extras para os gerentes. O artigo 62, II da CLT exclui os gerentes, do regime previsto no Capítulo II da CLT, intitulado “Da Duração do Trabalho” e, conseqüentemente da percepção das horas extras.³³ Tal previsão conflita com a Constituição Federal que assegura não só o direito à duração do trabalho limitada a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (art. 7.º, inciso XIII), mas também à remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal (art. 7.º, inciso XVI), sem estabelecer quaisquer exceções.³⁴

Evidenciado o conflito e, embora ainda não seja o adequado, doutrina e jurisprudência tem admitido o pagamento das horas de serviço extraordinário para aqueles que não exercem efetivamente cargo de gestão.³⁵

HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. EXCEÇÃO PREVISTA NO ART. 62, II, DA CLT. Não comprovado nos autos o efetivo exercício de cargo de confiança pela autora, já que suas funções eram operacionais e não de gerência geral, são devidas as horas extras e intervalares pleiteadas.³⁶

Ou seja, é preciso que a pessoa exerça cargo de gestão na empresa, não bastando a mera nomenclatura, uma vez que o empregado pode ser rotulado de gerente, mas efetivamente não o ser, ou não ter poderes para tanto.³⁷

Tema relevante também para a questão dos conflitos é a flexibilização que, no âmbito justrabalhista, consiste em uma forma de amenizar o rigor ou a rigidez de certas normas jurídicas,³⁸ e é um dos maiores debates da atualidade, quando importar na redução de direitos mínimos previstos no ordenamento estatal.³⁹

O diretor da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Alexandre Furlan declarou que a flexibilização é essencial para a sustentabilidade das empresas, a competitividade e a produtividade no ambiente de trabalho.⁴⁰

Uma forma de flexibilização que está em alta na atualidade é a questão

³³ MACHADO, Costa (Org.). **CLT interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2016. p. 68

³⁴ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 619

³⁵ SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso II do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. **Revista Perspectiva**. p. 9

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Acórdão nº 00647-2014-015-12-00-9 do Processo nº 0000647-04.2014.5.12.0015. Relator: José Ernesto Manzi. 5ª Turma. Florianópolis, SC. Julgamento: 20 out. 2015. Publicado no TRTSC/DOE em: 27 out. 2015. Disponível em: <<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=310942>>. Acesso em: 24 set. 2016. p. 01

³⁷ MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. p. 190

³⁸ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 82

³⁹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. p. 81

⁴⁰ DOCA, Geralda. Flexibilização da CLT entra na pauta do governo Temer. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 jul. 2016. O Globo Economia. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>>. Acesso em: 05 out. 2016. p. 3

negociado sobre o legislado, inclusive com a tramitação do Projeto de Lei nº 4.962, de 11 de abril de 2016, que pretende alterar a redação do artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho.

O modelo legislado consolida o comando do Estado nas relações de trabalho, a amplitude da lei, tanto constitucional quanto infraconstitucional, e a retração da negociação coletiva, retirando boa parte de sua autonomia. O intervencionismo é uma forma de realização da justiça social pelas leis destinadas a garantir um regulamento mínimo de proteção ao trabalhador.⁴¹

Já o modelo negociado é fundado na ideia do contrato, no predomínio da autonomia da vontade, nos acordos coletivos e também nos ajustes individuais, ficando a lei em um espaço menor.⁴²

Existe uma corrente que defende que o negociado prevaleça sobre o legislado, contudo, deve haver a participação do sindicato dos trabalhadores na negociação. Em que pese o assunto ainda é motivo de discussão, o STF já vem se posicionando favoravelmente à prevalência do negociado.

Recentemente, mais precisamente no dia 13 de setembro de 2016, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Teori Zavascki, decidiu que um acordo coletivo firmado entre sindicato e empresa deveria prevalecer sobre uma regra da Consolidação das Leis do Trabalho. Mais uma vez o STF reformou decisão do TST, que havia anulado uma cláusula de acordo coletivo que excluía o pagamento das horas *in itinere*, em troca de outros benefícios mais vantajosos financeiramente aos empregados.⁴³

Na explanação de sua decisão, o Ministro Teori Zavascki enalteceu que a Constituição reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas, inclusive para a redução de direitos trabalhistas e, embora admita que o acordo coletivo tenha limitado direito legalmente previsto, declarou que não se constata que tenha extrapolado os limites da razoabilidade, uma vez que, concedeu outras vantagens em seu lugar, por meio de manifestação de vontade válida da entidade sindical.⁴⁴

⁴¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. p. 81-82

⁴² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento jurídico trabalhista**. p. 78-81

⁴³ PIMENTA, Guilherme; POMBO, Bárbara. Ministro do STF reforça prevalência do negociado sobre o legislado em causa trabalhista. **Uol**, Brasília, 14 set. 2016. Uol Política. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/09/14/ministro-do-stf-reforca-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-em-causa-trabalhista.htm>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 1

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 895.759. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário do STF. Brasília, DF. Julgamento: 8 set. 2016. Publicado no DJE em: 12 set. 2016. Disponível em:

A supressão integral das horas *in itinere* nunca foi admitida pelo TST, que autorizava apenas a negociação sobre 50% da verba, sendo que a outra metade deveria ficar intacta:

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA - HORAS *IN ITINERE* - LIMITAÇÃO POR NORMA COLETIVA - DISPARIDADE ENTRE O TEMPO EFETIVAMENTE GASTO PELO EMPREGADO E AQUELE PREVISTO NA NORMA - INVALIDADE. Consoante o entendimento oriundo da SBDI-1 desta Corte, é possível a fixação prévia, em norma coletiva, de um determinado número de horas *in itinere* a serem pagas aos trabalhadores, desde que demonstrados a razoabilidade no ajuste efetuado pelas partes e o equilíbrio entre o pactuado e a realidade dos fatos. **Isso para se evitar o benefício apenas do empregador, com a ausência de concessões mútuas e a consequente renúncia dos empregados ao direito de recebimento das horas concernentes ao período de deslocamento de ida e volta ao local de trabalho. Considera-se adequada a redução de até 50% (cinquenta por cento) entre o montante das horas de percurso efetivamente cumpridas e aquele pago ao empregado. (...)**⁴⁵

Figura-se evidente conflito entre as decisões uma vez que uma valida e dá ampla relevância aos acordos e convenções coletivas e outra, restringe-se ao preceituado pela Constituição Federal.

Fala-se muito da participação sindical nas negociações e, uma questão bastante preocupante na adoção do negociado sobre o legislado é que não há sindicatos fortes no Brasil. Desta forma, o empregador poderá impor condições menos favoráveis aos trabalhadores ainda que com a assistência do sindicato. Em um país onde ainda existe trabalho escravo, se o negociado prevalecer sobre o legislado, quem garantirá os direitos mínimos dos trabalhadores?⁴⁶

5 CONCLUSÃO

O Direito do Trabalho nasceu como um mecanismo de defesa do operário das fábricas do início da revolução industrial, diante da inexistência de instrumentos legais para proporcionar um grau mínimo de intervenção na autonomia contratual das partes com o propósito de equilibrar uma relação trabalhista desigual. Os trabalhadores, por serem a classe menos favorecida, precisavam de proteção, ou seja, da intervenção

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 04

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 690-82.2013.5.09.0459. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. 7ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 10 dez. 2014. Publicado no DJET em: 12 dez. 2014. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=158464&ano_int=2014>. Acesso em: 10 out. 2016. p. 01

⁴⁶ MARTINS. Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho**. p. 146

direta do Estado. O fato era que, o trabalhador e o trabalho estão lado a lado, se este não é protegido, aquele pode ser explorado.

Fato é que nenhum outro ramo do direito é tão caracterizado pelo pluralismo de fontes legislativas quanto o direito do trabalho. Um mesmo empregado pode estar regido simultaneamente pela lei, pelo contrato individual de emprego, pelo regulamento interno de trabalho elaborado pela empresa, por uma convenção coletiva de trabalho e, ainda, se for o caso, por um acordo coletivo de trabalho. O emaranhado de fontes se orienta e se organiza segundo o princípio da aplicação da norma mais favorável, observado, quando for o caso, o método do conglobamento por instituto, de modo que no ápice da pirâmide hierárquica normativa esteja sempre a regra geradora de melhorias nas condições sociais de trabalho.

A Constituição Federal de 1988 trouxe profundas alterações no campo do Direito Trabalhista impondo garantias mínimas nas relações de trabalho ao estabelecer que: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, ou seja, os direitos dos trabalhadores não podem ser menores que aqueles previstos na Lei Maior.

Muitas vezes, esses direitos mínimos garantidos pela Carta Magna entram em conflito com a própria CLT, como é o caso das horas extras dos gerentes, ou melhor, a exclusão desse direito. Ora, se é um direito mínimo garantido a todos os trabalhadores, independentemente da função, não há que se falar em não percepção, uma vez que a CF é a norma mais benéfica, afinal, tal conduta afeta também a saúde e o lazer do trabalhador, uma vez que, por não terem controle da jornada de trabalho, podem ficar a mercê do empregador por um tempo indeterminado. Diante de tal situação, a doutrina e jurisprudência já estão analisando com outros olhos essa questão e reconhecendo que nem todos os nominados nesses cargos, realmente exercem cargo de gestão, tendo o direito as horas extraordinárias garantido. Ainda não é o suficiente, mas já é o primeiro passo.

Outro ponto de conflito existente é o fenômeno da flexibilização e, entende-se por flexibilização um abrandamento do teor protecionista da legislação brasileira. Em que pese a flexibilização é autorizada pela Constituição Federal em assuntos específicos, a ampliação da negociação coletiva vem tomando espaço e gerando atritos inevitáveis entre o negociado e o legislado.

Mais recentemente, o STF julgou que o negociado pode prevalecer sobre o legislado, desde que sejam estipulados outros direitos aos trabalhadores e haja a

participação sindical nas negociações, como foi no caso das horas in itinere. Ocorre que, para que seja realmente mais vantajoso para o empregado, na base na negociação deve estar o sindicato. Contudo, os sindicatos no Brasil não estão preparados para atender essas necessidades, uma vez que são caracterizados como muitos e pequenos e, por não terem força, favorecem a perpetuação de um poder ilimitado e absoluto empresarial.

Portanto, quando de fala na problemática apontada no presente estudo, verifica-se que as atuais decisões não estão de acordo com a contínua progressão das garantias sociais previstas no *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, que proclama o respeito às garantias “mínimas legais de proteção ao trabalho”, mais uma vez fundamentando a perspectiva de construir sempre o mais e o melhor. Além disso, uma lei que autorize negociação contra vantagem legal mínima é extremamente preocupante, uma vez que os problemas dos trabalhadores podem ser agravados por normas coletivas mal convencionadas.

Por conseguinte, resta esclarecer que objetivo de tal estudo não é o de esgotar o assunto, mas de chamar a atenção para um tema que está em evidencia na atualidade, de modo que, no mais breve espaço de tempo possível, se construa a melhor orientação e solução em torno dele, para que, afinal, os direitos laborais não sejam extintos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 895.759. Relator: Ministro Teori Zavascki. Plenário do STF. Brasília, DF. Julgamento: 8 set. 2016.

Publicado no DJE em: 12 set. 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4794743>>.

_____. Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina. Acórdão nº 00647-2014-015-12-00-9 do Processo nº 0000647-04.2014.5.12.0015. Relator: José Ernesto Manzi. 5ª Turma. Florianópolis, SC. Julgamento: 20 out. 2015. Publicado no TRTSC/DOE em: 27 out. 2015. Disponível em:

<<http://consultas.trt12.jus.br/doe/visualizarDocumento.do?acao=doc&acordao=true&id=310942>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 27700-76.2002.5.03. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. 3ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 21 maio

2008. Publicado no DJ em: 13 jun. 2008. Disponível em:

<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%2027700-76.2002.5.03.0064&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAADuAAN&dataPublicacao=13/06/2008&localPublicacao=DJ&query=norma%20and%20mais%20and%20favor%E1vel>>.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Processo: RR - 690-82.2013.5.09.0459. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. 7ª Turma. Brasília, DF. Julgamento: 10 dez. 2014. Publicado no DJET em: 12 dez. 2014. Disponível em:

<http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=158464&ano_int=2014>

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do trabalho**. 2013. s.i., s.n.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DOCA, Geralda. Flexibilização da CLT entra na pauta do governo Temer. **O Globo**, Rio de Janeiro, 20 jul. 2016. O Globo Economia. Disponível em:

<<http://oglobo.globo.com/economia/flexibilizacao-da-clt-entra-na-pauta-do-governo-temer-19353463>>.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2013, Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<http://2673.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/2673>>. Livro digital. ISBN 978-85-02-18051-2.

FONTES do direito do trabalho. Colunista Portal – Educação. Disponível em: <<http://www.portaleducacao.com.br/direito/artigos/24542/fontes-do-direito-do-trabalho>>. 2012.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACHADO, Costa (Org.). **CLT interpretada artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 7. ed. São Paulo: Manole, 2016.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, Biblioteca Digital Saraiva.

Disponível em: <<http://161919.leitor.editorasaraiva.com.br/#reader/161919>>. Livro digital. ISBN 978850262466-5.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. – São Paulo: Saraiva, 2011.

Biblioteca Digital Saraiva. Disponível em: <<https://central-usuario.editorasaraiva.com.br/leitor/epub:1104>>. Livro digital. ISBN 9788502120532.

_____. **Ordenamento jurídico trabalhista**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PIMENTA, Guilherme; POMBO, Bárbara. Ministro do STF reforça prevalência do

negociado sobre o legislado em causa trabalhista. **Uol**, Brasília, 14 set. 2016. Uol Política. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/09/14/ministro-do-stf-reforca-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-em-causa-trabalhista.htm>>.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SERAFINI, Lucas. A (in)constitucionalidade do inciso II do artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho face aos postulados da proteção no direito trabalhista. Disponível em: <http://www.uricer.edu.br/site/pdfs/perspectiva/130_179.pdf>. **Revista Perspectiva**, Erechim, v. 35, n. 130, p. 161-176, jun./2011.