

TEORIA DO CONGLOBAMENTO E NECESSIDADE DE CONTRAPARTIDA DIANTE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL

Dominique Rocha Mattos*

RESUMO

Diante da inegável realidade da flexibilização trabalhista no Brasil, é essencial que se faça uso de instrumentos que a efetive de forma justa e eficiente. Este trabalho busca, nesse sentido, por meio de seus objetos de análise, demonstrar a necessidade das negociações coletivas flexibilizadoras serem globalmente benéficas ao trabalhador (teoria do conglobamento) e, também, a necessidade de se verificar, sempre que houver supressão de condição favorável ao obreiro, vantagem que a compense (contrapartida).

Palavras chave: flexibilização; teoria do conglobamento; contrapartida; negociação coletiva.

ABSTRACT

Given the undeniable reality of labor flexibility in Brazil, it is essential to use instruments that make it effective in a fair and efficient way. This paper seeks, in this sense, through its objects of analysis, to demonstrate that the flexibility collective bargaining needs to be globally beneficial to the employee (conglobation theory) and also the need to verify (whenever there is suppression of favorable condition to worker) the benefits that make up to it (compensation).

Keywords: flexibility; conglobation theory; compensation.

REVISTA CIÊNCIAS DO TRABALHO - Nº 2
MAIO A OUTUBRO DE 2014

Introdução

Diante das crises econômicas, como a que assola o mundo na atualidade, e, conseqüentemente, das altas taxas de desemprego e informalidade do trabalho, ao direito trabalhista se impôs diante da necessidade de adequação à nova realidade laboral. A flexibilização das normas trabalhistas tem como escopo, portanto, minimizar o efeito negativo que legislações extremamente rígidas impõem à dinâmica das relações de emprego e trabalho, limitando-a. A citada flexibilização constitui, de forma geral, a introdução, no ordenamento jurídico, de mecanismos que possibilitem aos trabalhadores e à empresa regular diretamente suas relações, por meio de concessões recíprocas.

Tendo em vista que a Constituição Federal vigente já prevê hipóteses de cabimento de flexibilização das condições de trabalho no direito pátrio, é mister estudar a forma pela qual se dará. Ou seja, deve-se estabelecer de que maneira ocorrerá a atenuação das normas laborais protetivas, para que se tenha uma efetiva adaptação normativa à realidade e não, pura e simplesmente, a revogação ou exclusão de direitos trabalhistas.

O presente estudo busca analisar, nesse contexto, a flexibilização, sob a ótica da teoria do conglobamento e a necessidade de contrapartida, fazendo uma análise detida desses dois institutos na terceira e na segunda parte, respectivamente. Estes farão com que, diante de uma normatização flexibilizadora, a análise de seu cabimento se faça de forma inteira e global, desprezando-se o exame isolado de fragmentos do conteúdo do texto normativo. Dessa feita, as alterações seriam cabíveis mesmo que houvesse elementos prejudiciais ao trabalhador, desde que, simultaneamente, contivessem outros tantos elementos, em contrapartida, benéficos.

Este trabalho não busca, isto posto, estudar a flexibilização trabalhista no Brasil em si, mas fazer um estudo do uso da teoria do conglobamento e da exigência de contrapartida quando da adoção de medidas flexibilizadoras com base, principalmente, na doutrina e jurisprudência mais modernas.

Entender de que forma a teoria do conglobamento e a contrapartida se aplicam à flexibilização trabalhista no Brasil é tarefa de grande importância para os que buscam tornar o Direito do Trabalho efetivamente eficaz, sem deixar de lado seu caráter imponentemente protetivo.

Aspectos gerais da flexibilização trabalhista no Brasil

A flexibilização trabalhista surgiu com a crise econômica recessiva que atingiu a Europa, no princípio da década de 1980, em busca de novas formas de gestão de recursos humanos¹. Consubstancia-se, portanto, a flexibilização do Direito do Trabalho, nas palavras de Carlos Roberto Cunha (2004, p. 123): “na

1. Para mais informações, Martins (2004, p. 17-20).

revolução tecnológica, globalização econômica, neoliberalismo, prática intensa do trabalho informal e desemprego em escala alarmante”. A flexibilização, que ainda se encontra em fase inicial no Brasil, com poucos dispositivos que a regulam, passou a ser discutida cada vez mais em nosso país, sobretudo no último decênio; discussão essa que se intensifica em períodos de crise como a que se apresenta².

O vocábulo “flexibilização” possui acepções aplicáveis a vários ramos da ciência, como à Economia e à Sociologia, entretanto, é no campo das leis que se verifica com mais frequência, mormente no Direito do Trabalho. O conceito de flexibilização no Direito trabalhista varia de acordo com a legislação de cada país, mas, em linhas gerais, define Sérgio Pinto Martins (2004, p. 25-26):

[...] a flexibilização das condições de trabalho é o conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho.

[...]

A flexibilização das normas trabalhistas é, ainda, uma forma de atenuar o princípio da proteção à relação laboral. O referido princípio não será, porém, eliminado, mas serão minorados seus efeitos em certas situações específicas.

Importante ressaltar que a flexibilização, na qual, como visto, diminui-se a intervenção estatal por meio da alteração de normas existentes, não se confunde com a denominada desregulamentação, que configura, por sua vez, o absentismo total do Estado na seara laboral, uma vez que ausentes normas heterônomas trabalhistas, não há previsão de desregulamentação no ordenamento jurídico brasileiro.

A flexibilização que, no Brasil, deverá ser feita por negociação coletiva, com atuação de sindicato, como previsto constitucionalmente, deve garantir um mínimo ao trabalhador, de forma que é inadmissível quando objetivar a simples supressão de direitos. Há limites constitucionais e legais, sendo os principais deles: as normas de ordem pública e política econômica de governo. A Constituição Federal prevê três casos de flexibilização para pior, todos previstos no artigo 7º, quais sejam: o inciso VI (permite a redução de salários), o inciso XIII (possibilita a compensação de jornada de trabalho) e o inciso XIV (admite turno ininterrupto superior a seis horas).

Teoria do Conglobamento

Em busca da harmonização de suas normas, um sistema jurídico faz uso da hierarquização de suas fontes, no intuito de se estabelecer critérios a serem

2. Para mais informações: Nitahara (2009).

seguidos na eventualidade de se necessitar solucionar conflitos entre fontes normativas. As normas jurídicas passam a ser, portanto, ordenadas e graduadas. Nesse sentido, entende Delgado (p. 175, 2004):

Na medida em que o Direito é um sistema, isto é, um conjunto de partes lógica e dinamicamente coordenadas entre si, cabe se estudar os critérios de harmonização dessas partes componentes, em especial quando duas ou mais normas jurídicas venham regulamentar de modo diferente uma mesma situação concreta.

Alice Monteiro de Barros (2008, p. 129) atenta para o fato de que, filosoficamente, o ideal seria que não houvesse hierarquia entre as leis, uma vez que existiria coincidência entre o ordenamento jurídico e o “dever ser”. Mas admite que isso não ocorre na prática, visto que “as leis têm prazo de vigência extenso, trazem força obrigatória variável e são acompanhadas de sanção mais ou menos intensas”. Todos esses fatores, para ela, “acabam por exigir uma classificação das leis”.

O Direito do Trabalho se particulariza, também, nesse aspecto de hierarquização normativa. Delgado (2004, p. 177) nos ensina que “no ramo trabalhista não se deve, em princípio, falar em hierarquia de diplomas normativos (lei em sentido material), mas em hierarquia de normas jurídicas (heterônomas e autônomas)”. Coaduna desse entendimento Alice M. de Barros (2008, p.129):

No ramo do direito, em que só há fontes estatais, a hierarquia observa categoria da autoridade de onde a fonte provém. No Direito do Trabalho, o problema da hierarquia se agrava, porque existem, também, como fonte de direito, as sentenças normativas, as convenções coletivas e os acordos coletivos, e não apenas as fontes estatais.

Em sua obra Curso de Direito do Trabalho, Alice M. de Barros (2008, p. 131) elenca as regras utilizadas pela doutrina no exame de hierarquia, quais sejam:

a) havendo conflito entre as fontes estatais (leis) e as internacionais, prevalecem as últimas; b) se o conflito se estabelece entre as fontes estatais (leis) e a sentença normativa, prevalecem as primeiras; c) na hipótese de conflito entre a sentença normativa e os usos e costumes, regulamento de empresas e convenção coletiva, prevalece a primeira, d) finalmente, se o conflito se estabelece entre os usos e costumes, regulamento de empresas e convenção coletiva, prevalecem aquelas cujo âmbito seja mais generalizado.

Outra particularidade, nessa análise, se dá em virtude do Princípio da norma mais favorável, incompatível com a inflexibilidade hierárquica típica do Direito Comum. Para esse princípio, como ensina Sérgio Pinto Martins (2004, p. 79), “o ápice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas é a norma

mais favorável ao trabalhador”. Conclui-se, portanto, ser o citado “ápice da pirâmide” mutável, uma vez que será sempre possível a ascensão de uma nova norma que estabeleça melhores condições aos trabalhadores. Por isso, com exceção de casos de normas heterônomas estatais proibitivas⁴, que sempre preservarão sua preponderância, deverá prevalecer sobre as demais a norma que se mostrar mais benéfica ao trabalhador (independentemente de se tratar de regra heterônoma estatal ou regra autônoma privada coletiva). Sobre esse aspecto, escreveu Alice M. de Barros (2008, p. 130):

Possui relevância no exame da hierarquia das fontes a prevalência da norma mais favorável ao empregado, a qual torna maleável a hierarquia apresentada. Isso significa que deve ser aplicado o instituto que proporcione melhores condições para o empregado, ainda que contidos em norma de hierarquia inferior. Esse é o traço de originalidade que marca o Direito do Trabalho.

Diante do exposto, compreensível fica a necessidade de se estudar as teorias que se prestam à aferição da norma mais benéfica, visto que o critério de hierarquia normativa bastante flexível do Direito do Trabalho dificulta que essa aferição se dê de forma clara e objetiva. É o que defende Godinho (2004, p. 181), ao tratar das duas teorias que se destinam a esse citado fim, quais sejam, a teoria da acumulação (atomista) e a do conglobamento (do conjunto, global ou da incindibilidade):

[...] a Ciência do Direito aplicada ao ramo trabalhista busca construir teorias que sejam consistentes e hábeis, a conferir o máximo de objetividade e universalidade possíveis à execução do critério hierárquico prevalecente no Direito do Trabalho.

Duas teorias se destacam nesse intento, sob o nome de acumulação e conglobamento. Ambas buscam informar critérios de determinação da norma mais favorável – elemento balizador do vértice da pirâmide normativa –, a partir de processos lógicos de avaliação e seleção entre as normas jurídicas postas em análise e cotejo.

A teoria da acumulação, ao analisar as normas jurídicas em apreço, retira de cada texto normativo a parte mais favorável ao trabalhador. Dessa forma, exemplifica Martins (2004, p. 79), “[...] é possível aplicar a cláusula primeira da convenção A e a cláusula segunda da convenção B [...]”. Isso explica o nome da teoria, uma vez que acumulam-se as frações favoráveis ao obreiro de cada norma, tendo-se sempre, portanto, um diferente resultado a depender de cada

4. Artigo 623, da CLT: “Será nula de pleno direito disposições de Convenção ou Acordo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômica-financeira do governo ou concernentes à política salarial vigente, não produzidos quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços”. Parágrafo único: “Na hipótese deste artigo, a nulidade será declarada, de ofício ou mediante representação, pelo Ministro do trabalho ou pela Justiça do trabalho, em processo submetido ao seu julgamento”. (Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho - DL-005.452-1943).

interpretador; é esta característica, justamente, o fundamento da principal crítica que se faz à essa teoria. Assim define Barros (2008, p. 131):

A primeira (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. A teoria da acumulação sofre inúmeras críticas, entre as quais a de que transforma o juiz em legislador (Mario Pasco), pois a norma que aplica não existe, foi criada destruindo a harmonia interna das normas comparadas.

A Teoria do Conglobamento, por sua vez, ao comparar as fontes, elege, exclusivamente uma: a que, em seu conjunto, for mais benéfica ao trabalhador. Logo, por essa teoria, os institutos jurídicos objetos de confronto não são fracionados, de forma a se processar a uma verdadeira miscelânea de cláusulas normativas de diferente fontes. Importante ressaltar que, no exame que se faz para determinar a norma mais globalmente favorável, considera-se a coletividade interessada e não trabalhadores individualmente⁵.

Delgado (2004, p. 182) assim define:

Por essa segunda teoria, não se fracionam preceitos ou institutos jurídicos. Cada conjunto normativo é apreendido globalmente, considerando o mesmo universo temático; respeitada essa seleção, é o referido conjunto comparado aos demais, também globalmente apreendidos, encaminhando-se, então, pelo cotejo analítico, à determinação do conjunto normativo mais favorável.

Tal teoria propugna pela organização do instrumental normativo em função da matéria tratada (*ratione materiae*), para se extrair o instrumental mais favorável, encarado este sob um ângulo unitário, do conjunto. Está-se, portanto, diante de um critério sistemático, em que se respeita cada regime normativo em sua unidade inteira e global. A percepção da norma mais favorável faz-se considerando-se seu sentido no universo do sistema a que se entrega, de modo a não se criar, pelo processo de seleção e cotejo, antinomias normativas entre a solução conferida ao caso concreto e a linha básica e determinante do conjunto do sistema.

A despeito de eventuais críticas⁶, a teoria do conglobamento é a mais adequada à aferição da hierarquia normativa no Direito do Trabalho. Dessa forma, entende Martins (2004, p. 832):

5. Nesse sentido, diz Delgado (2004, p.183): “Ressalte-se, por fim, que o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomado isoladamente, mas a coletividade interessada (categoria, por exemplo, ou o trabalhador objetivamente considerado como membro de uma categoria ou segmento, inserido em um quadro de natureza global”.

6. Para Barros (2008, p. 131), a teoria do conglobamento “possui a desvantagem de conduzir ao subjetivismo do juiz quando da comparação de normas, para aferir qual é a mais vantajosa, em face da heterogeneidade que existe entre elas (Campos Ruiz, Alonso Olea e Antonio Ojeda Ovilés)”. Entretanto, entendemos não ser essa crítica plausível, já que ela só existe pelo fato de a autora definir a teoria do conglobamento de forma diferente da maioria da doutrina, uma vez que, para ela, não existiria uma comparação de institutos em razão da matéria e sim uma comparação entre institutos de variadas matérias. Para a autora, uma terceira teoria (como será exposto adiante) faria essa análise *ratione materiae*; não é esse, porém, o entendimento que prevalece.

O mais correto é a aplicação da norma coletiva que, em sua globalidade, seja mais favorável ao empregado, pois é impossível que se fique pinçando cláusulas de várias normas coletivas ao mesmo tempo; daí porque se falar na aplicação da norma coletiva que for mais favorável em sua globalidade em relação a outra norma.

Para Barros (2008, p. 131), haveria uma terceira teoria, denominada teoria do conglobamento por instituto (ecléctica, intermediária, do conglobamento orgânico ou do conglobamento mitigado) e que teria sido essa a teoria adotada, segundo a autora, pela Lei 7.064, de 1982, artigo 3º, inciso II⁷, que dispõe sobre a situação de trabalhadores brasileiros no exterior. Delgado (2004, p. 183), entretanto, utiliza esse mesmo artigo para demonstrar a adoção da teoria do conglobamento pelo ordenamento jurídico brasileiro, já que ele, como a maioria da doutrina e da jurisprudência, adota a classificação binária, que admite a existência apenas da teoria da acumulação e a teoria do conglobamento, adotada no Brasil. Essa diferenciação só existe porque Alice Monteiro de Barros define a teoria do conglobamento por instituto, como define a doutrina, em sua maioria, a própria teoria do conglobamento. Isto posto, importante conhecermos a definição da autora sobre a teoria do conglobamento por instituto:

[...] o objeto da comparação extrai-se do conjunto de normas que se referem a um mesmo instituto, como, por exemplo, o regime de férias, de despedida (Deveali). Considerando que cada instituto do Direito do Trabalho possui um regime unitário, não há como aplicá-lo parcialmente. Logo, a norma aplicada será um todo infundável, porém, só a respeito de um instituto ou de cada instituto. Essa teoria foi adotada pelo art. 9º da Lei do Contrato de Trabalho da Argentina. (Barros, 2008, p. 131-132)

Por fim, conclui a autora, atentando à crítica que se faz à teoria do conglobamento por instituto, em decorrência da dificuldade de se classificar os institutos individualmente, para que possam ser usados como unidade de comparação invariável, em casos de confronto.

Uma vez definidos o conceito e a forma de aplicação da teoria do conglobamento como meio de aferição da norma mais favorável e admitido o fato de ser essa a teoria adotada pelo Direito do Trabalho brasileiro, importante estudarmos como usá-la, na prática, em casos de flexibilização trabalhista. Não é tarefa tão difícil entender casos em que uma norma de hierarquia inferior (como a convenção coletiva) se sobrepuja à lei, quando evidente a condição de norma mais favorável do que aquela. Não tão óbvia, entretanto, é a aplicação de uma convenção coletiva, em detrimento de dispositivo de lei, quando

7. Art. 3º, II, Lei 7.064/82: "a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, naquilo que não for incompatível com o disposto nesta Lei, quando mais favorável do que a legislação territorial, no conjunto de normas e em relação a cada matéria". (Brasil. Lei 7.064, de 6 de dezembro de 1982)

a convenção estipular cláusulas menos vantajosas do que as descritas em lei⁸. Por isso, em casos de flexibilização das normas trabalhistas, por se verificar, no acordo ou na convenção coletiva, modificação *in pejus*, ao se analisar que instituto deverá ser aplicado em determinado caso concreto, é mister a utilização da teoria do conglobamento para que seja possível, juridicamente falando, a prevalência de uma norma que contenha modificações que tragam prejuízo ao trabalhador sobre uma lei que trate o mesmo assunto de forma mais benéfica ao obreiro, viabilizando assim a flexibilização trabalhista no Brasil. Também de fundamental importância o uso dessa teoria, não só para tornar a flexibilização juridicamente possível, no que se diz respeito à hierarquia normativa, mas para, também, garantir que, na análise da validade de determinado instituto flexibilizador de direitos trabalhistas, verifique-se, mesmo que numa apreciação global, a configuração de situação mais favorável ao trabalhador.

Silvio Beltramelli Neto (p. 100)⁹ reconhece a utilização da teoria do conglobamento na hipótese de se submeter algum caso de flexibilização a julgamento:

[...] é mister que o julgador proceda à análise do conjunto de concessões e renúncias que constam do instrumento negocial, novamente sendo levado a ponderar a natureza dos direitos e obrigações abrangidos e sua razoabilidade dentro do produto final do pacto que pretende reger a relação dos envolvidos.

Neste ensejo, a jurisprudência vem demonstrando reconhecimento da necessidade de interpretação da validade de determinado sacrifício da categoria profissional, explicitada em norma coletiva, fazendo uso da teoria do conglobamento [...].

Dora Maria da Costa (2013)¹⁰, ministra do TST, em voto que proferiu, como relatora, em recurso de revista, referente a conflito entre acordo e convenção coletivos, confirma a necessidade de se fazer uso da teoria do conglobamento:

RECURSO DE REVISTA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PISO SALARIAL. ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. APLICAÇÃO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. JURISPRUDÊNCIA DO TST. A atual jurisprudência desta Corte Superior entende que não se pode, pela interpretação literal do art. 620 da CLT, simplesmente desconsiderar o acordo coletivo de trabalho em face da convenção coletiva, que é firmada no âmbito das respectivas categorias econômicas. Considera que, ante a flexibilização constitucionalmente garantida e pela aplicação da teoria do conglobamento, existindo conflito entre convenção e acordo coletivos de trabalho, devem prevalecer as normas do instrumento que, como um

8. Nesse sentido, Barros (2008, p. 132): "Indaga-se, ainda, se a convenção coletiva poderá estipular cláusulas menos vantajosas do que aquelas delineadas pela lei. Excepcionalmente isso é possível, como se infere da própria Constituição da República de 1988 (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV).

9. Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas, p. 100.

10. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - Proc. n. RR - 237500-15.2009.5.09.0006. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR-237500-15.2009.5.09.0006&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJpOAAAG&dataPublicacao=07/01/2013&query=fl exibilizacão and teoria and conglobamento>>. Acesso em: 10/07/2013.

todo, se mostra mais benéfico para os trabalhadores. Nesse sentido, decidiu a Corte de origem pela inaplicabilidade, isolada, de norma constante da CCT dos trabalhadores nas indústrias de telecomunicações aos empregados da empresa Projefibra Telecomunicações Ltda., já abrangidos por ACT. Assim, estando a decisão regional em consonância com a jurisprudência atual desta Corte, não há falar em violação dos arts. 5º e 7º, V e VI, da CF e 444 e 620 da CLT, tampouco em dissenso pretoriano, a teor do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. Recurso de revista não conhecido.

Também nesse sentido, Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira (2008)¹¹, ministro relator do TST em processo que julgava caso de flexibilização trabalhista, fundamentou:

Proc. n. RR - 1462/2004-003-21-00 – 3ª turma – Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – Publicação: DJ - 31/10/2008. RECURSO DE REVISTA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA BANESPA. CONVENÇÃO COLETIVA X ACORDO COLETIVO. PREVALÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE APLICAR REAJUSTE PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA DOS BANCÁRIOS AOS APOSENTADOS, QUANDO NÃO APLICADO AOS EMPREGADOS DA ATIVA, POR FORÇA DE ACORDO COLETIVO HOMOLOGADO NOS AUTOS DE DISSÍDIO COLETIVO E EM RESPEITO AO REGULAMENTO INTERNO DO BANCO. [...] Trata-se, portanto, de prestigiar as condições de trabalho que foram objeto de negociação coletiva, em consideração à teoria do conglobamento, não se podendo destacar uma só cláusula do corpo normativo, que se mostre favorável, isoladamente. Ou seja, as convenções e acordos coletivos envolvem negociação global das condições de trabalho, de sorte que as limitações de alguns direitos são compensadas pelo melhoramento de outros, não podendo o trabalhador pinçar as normas menos benéficas, refutando sua aplicabilidade. Resultado diverso implicaria evidente prejuízo ao equilíbrio negocial, com desestímulo à negociação coletiva, o que findaria na substituição das soluções autônomas pelas heterônomas para conflitos coletivos de trabalho, com a irrazoável multiplicação dos dissídios coletivos.

Finalmente, em outro processo que tratou da ocorrência de flexibilização de lei trabalhista, no caso, um recurso de revista que analisava o elastecimento da jornada em turnos de revezamento, o ministro relator Vieira de Melo Filho (2008)¹² afirmou que, para que uma norma se configure benéfica aos trabalhadores não é necessário que na própria cláusula em que se flexibilizou um direito se explicita outra vantagem que compense a perda sofrida; a compensação que demonstre ser a norma negociada favorável ao obreiro, deve existir no

11. BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho - Proc. n. RR - 1462/2004-003-21-00. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4542784.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 16/02/2009.

12. BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho - Proc. n. RR - 400/2002-003-15-00. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4538979.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 16/02/2009.

âmbito geral do acordo ou convenção coletiva e não na mesma cláusula que suprimiu ou mitigou direito. Assim explicou:

Proc. n. RR - 400/2002-003-15-00 – 1ª turma – Relator Ministro Vieira de Melo Filho – Publicação: 17/10/2008. RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAORDINÁRIAS TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO JORNADA ESTABELECIDADA EM ACORDO COLETIVO. [...] análise da negociação não se faz de forma atomizada, e sim globalmente (conglobamento), razão pela qual prevalece quanto ao seu conteúdo, pois as vantagens não precisam estar evidenciadas na própria cláusula que estabeleceu os turnos, mas no âmbito do conjunto da negociação coletiva.

Contrapartida

O Princípio da Proteção, que busca equilibrar o contrato de trabalho por meio de uma estrutura protecionista, destinada à parte hipossuficiente da relação, qual seja, o obreiro, exige que, para que se dê validade aos casos de flexibilização das normas trabalhistas, o trabalhador que tiver algum direito sacrificado, receba, para recompensar tal perda, algum benefício que a justifique.

Silvio Beltramelli Neto (2008, p. 100) assim introduziu análise acerca do tema:

Finalmente, estando constitucionalmente autorizada a flexibilização que se submete a julgamento, e permanecendo preservada a dignidade do trabalhador, o Princípio Protetor, inerente ao Direito do Trabalho exige, como condição de validade da negociação coletiva, que a vantagem do trabalhador que tenha sido suprimida ou reduzida corresponda a conquista diretamente proporcional.

Essa necessidade de correspondência entre o renunciado pelo empregado e o concedido pelo empregador, em casos de flexibilização, a jurisprudência e a doutrina vêm chamando de “contrapartida”. Ainda não há muito escrito especificamente sobre o tema, mas sua necessidade é citada por diversos autores e usada como fundamento em decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) repetidas vezes.

Marcelo Oliveira Rocha *et al.* (2005, p. 57), ao tratar das modalidades de flexibilização, discorre sobre o que denomina “flexibilidade condicionada” (que se contrapõe à “incondicional”):

[...] em termos de direito civil deveria ser mais propriamente denominada “bilateral ou sinalagmática”, que é aquela na qual a renúncia ou perda dos trabalhadores tem uma compensação da parte do empregador e, eventualmente, do Estado. Os direitos ou benefícios dos trabalhadores são cedidos em troca de obrigações assumidas pelo empregador ou pelo Estado, e o não-cumprimento dessas obrigações faz renascer o direito trabalhista renunciado ou cedido.

Em 2003, por exemplo, o Ministro do TST, José Simpliciano (2003)¹³, ao participar do Fórum Internacional sobre a Flexibilização no Direito do Trabalho, destacou:

As discussões do Fórum Internacional foram relevantes e a conclusão que tirei foi a necessidade de investigar onde está a contrapartida empresarial no processo de flexibilização das leis trabalhistas. Nunca foi essencial a preocupação com esse aspecto e como ficou claro no Fórum que a flexibilização não vai gerar empregos, daqui para a frente devemos sempre verificar a contrapartida empresarial. Normalmente não encontramos essa contrapartida no exame de processos que envolvem flexibilização de leis. Na maioria das vezes, trata-se de flexibilização com prejuízo para o empregado. No Fórum Internacional sobre Flexibilização no Direito do Trabalho, essa preocupação ficou muito clara, devendo haver perdas e ganhos, mas para todas as partes.

O Superior Tribunal de Justiça também já se pronunciou, no julgado abaixo, através do relator, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux (2007)¹⁴, sobre a necessidade de contrapartida:

Proc. n. REsp 758296 / RS. Recurso Especial 2005/0095217-4 – T1 – 1ª turma – Relator Ministro Luiz Fux – Publicação: 04/06/2007. ADMINISTRATIVO E TRABALHISTA. MULTA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. PODER DE POLÍCIA. EXEGESE DO ART. 71, CAPUT, §§ 3º E 4º, E 75, DA CLT. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO. CONVENÇÃO COLETIVA. EMPRESA DE VIGILÂNCIA. ACÓRDÃO QUE DECIDIU À LUZ DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. [...] A **flexibilização** das condições de **trabalho**, seja em acordo coletivo de **trabalho** ou convenção coletiva, apenas pode ter lugar em matéria de salário e de jornada de labor, ainda assim desde que importe uma contrapartida em favor da categoria profissional.

Delgado (2004, p. 1400), ao tratar dos limites à negociação coletiva e, também, ao dissertar sobre o princípio da adequação setorial negociada (p. 1.320), reconhece a necessidade da contrapartida, de forma a se obter verdadeira transação, e não mera renúncia de direitos, para que a negociação seja válida:

Ela não prevalece, se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não transação). É que ao processo negocial coletivo falecem poderes de renúncia sobre direitos de terceiros (isto é, despojamento unilateral sem contrapartida do agente adverso). Cabe-lhe, essencialmente, promover transação (ou seja, despojamento bilateral ou multilateral, com reciprocidade entre os agentes envolvidos), hábil a gerar normas jurídicas.

13. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Notícias do Tribunal Superior do Trabalho. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1917&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 15/01/2009.

14. Idem. Proc. n. REsp 758296 / RS. Recurso Especial 2005/0095217-4. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=flexibiliza%E7%E3o+e+trabalho&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 09/02/2009.

Para Beltramelli Neto (2008, p. 107-108), em casos de flexibilização, o julgador deve ponderar o resultado final da negociação coletiva, de modo a se fazer respeitar o Princípio Protetivo. Estaria protegido o trabalhador se verificada a existência de contrapartida no que fora negociado, entendendo por isso não só a ocorrência de renúncia recíproca, mas, também, de proporcionalidade entre o renunciado e o concedido. Alerta ainda sobre a importância de se avaliar caso a caso, a fim de não se permitir que, na prática, legitimem-se casos de efetivo desrespeito à dignidade da pessoa humana:

Finalmente, aí se encontra a última decisão a ser tomada pela jurisprudência que se submete a cuidar da flexibilização pela negociação coletiva: apreciar se o ajuste que comporta despojamento de direito por parte do lado do trabalhador realiza-o em contrapartida de conquista tal que o justifique.

Contudo, esta averiguação não pode ser feita à margem das vicissitudes fáticas peculiares à rotina dos trabalhadores atingidos - sobretudo trabalhador de baixa renda - sob pena de, em cada caso, individualmente, dar-se azo à mitigação da efetiva dignidade humana, pois, se a um motorista de ônibus parece ser mais vantajoso deixar de gozar o intervalo intrajornada para reduzir sua carga horária, tal, efetivamente, não se verificará, se, na realidade, esse mesmo motorista faz uso desta situação para, diariamente, se ativar em outro emprego, deixando de usufruir de descanso minimamente razoável.

Esse mesmo autor (DELGADO, 2004 p. 100) evidencia a compatibilidade, em casos de flexibilização trabalhista, entre a exigência de contrapartida (no sentido, portanto, de existência não só de renúncias por parte dos trabalhadores, mas também de concessões por parte das empresas) e o uso da, já discutida, teoria do Conglobamento:

[...] é mister que o julgador proceda à análise do conjunto de concessões e renúncias que constam do instrumento negocial, novamente sendo levado a ponderar a natureza dos direitos e obrigações abrangidos e sua razoabilidade dentro do produto final do pacto que pretende reger a relação dos envolvidos.

Neste ensejo, a jurisprudência vem demonstrando reconhecimento da necessidade de interpretação da validade de determinado sacrifício da categoria profissional, explicitada em norma coletiva, fazendo uso da Teoria do Conglobamento [...].

Nesse, sentido, portanto, posiciona-se a atual jurisprudência do TST, como no julgado abaixo, de relatoria do Ministro Alberto Luiz Bresciane de Fontan Pereira (2013)¹⁵:

15. BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho - Proc. n. RR - 1473/2004-023-03-00. Disponível em: < <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=ARR - 422-73.2010.5.04.0232&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAJlgAAS&dataPublicacao=17/05/2013&query=flexibilizacao and necessidade and contrapartida>>. Acesso em: 10/07/2013.

[...] 4. HORA NOTURNA REDUZIDA. FLEXIBILIZAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA. POSSIBILIDADE. A negociação coletiva é instituto valorizado e protegido pela ordem constitucional (CF, art. 7º, incisos VI, XIII, XIV, XXVI, art. 8º, III). Constitui opção legitimadora do regramento trabalhista. A mesma Constituição que consagra acordos e convenções coletivas de trabalho, fixa direitos mínimos para a classe trabalhadora, exigindo o resguardo da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho. Assim ocorre com a redução da hora noturna, que visa à proteção da higidez física e mental do trabalhador. Esta Corte, no entanto, em interpretação ao disposto no artigo 7º, XXVI, da Constituição da República, tem admitido a flexibilização de direitos legalmente previstos quando, na negociação coletiva, não há a só supressão da garantia, mas se vê, em contrapartida, a concessão de efetivos benefícios aos empregados. A fixação, em instrumento coletivo, de pagamento de adicional noturno superior ao estipulado pela legislação trabalhista (artigo 73, -caput-, da CLT), em justificativa para o elastecimento da hora noturna a sessenta minutos, legitima a negociação, razão pela qual deve ser prestigiada. Precedentes. Ressalva de ponto de vista do Relator. Recurso de revista não conhecido. [...]

Da mesma forma, em recurso de revista, o ministro relator do TST, José Simpliciano Fontes de F. Fernandes (2008)¹⁶, discorreu sobre a flexibilização das normas trabalhistas diante da teoria do conglobamento e à exigência de contrapartida:

Proc. nº RR - 1473/2004-023-03-00 – 2ª turma – Relator Ministro José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – Publicação: DJ - 17/10/2008. INTERVALO INTRA-JORNADA. SUPRESSÃO PREVISTA EM ACORDO COLETIVO. REGIME DE JORNADA DE 12X36H. [...] Os Acordos e Convenções Coletivas têm amparo na norma do art. 7º, inciso XXVI, da CF, bem como no princípio do conglobamento, segundo o qual, os instrumentos negociais, que nada mais são que um acordo de vontades entre as partes convenientes, fazendo, portanto, lei entre elas, devem ser considerados como um todo, podendo as partes acordarem a supressão de direitos mediante concessão de outras vantagens compensatórias.

Não há polêmica quanto à necessidade, teoricamente falando, de contrapartida, no que se refere à flexibilização, mas, em sentido oposto, interessante observar a falta de consenso no que diz respeito à verificação da existência ou não da contrapartida na prática. Há julgados que afirmam que o simples fato de se tratar de negociação coletiva já seria suficiente para restar comprovada a existência de contrapartida, ou seja, de concessões mútuas e proporcionais. A participação dos sindicatos na negociação autorizaria presumir a existência de obtenção de vantagem por parte do obreiro, podendo-se falar, portanto, em transação implícita. Sobre esse aspecto, atenta Beltramelli Neto (2008, p. 104-105):

16. BRASIL.Tribunal Superior do Trabalho - Proc. n. RR - 1473/2004-023-03-00. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4537434.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 16/02/2009.

[...] é imperioso notar que são raros os acórdãos em que os votos que os instruem promovem fundamentada explanação do convencimento dos julgadores de que, para aquele caso, a negociação coletiva, conjuntamente considerada, contempla verdadeira transação e não simplesmente renúncia de direitos. Isto acontece porque vem prevalecendo, no campo jurisprudencial, a tese segundo a qual a assinatura de uma convenção coletiva (ou acordo coletivo) presume que há contrapartida razoável ao despojamento efetivado, uma vez que disso deve ter cuidado a entidade sindical profissional, no cumprimento de seu mister representativo.

Assim afirma Vieira Mello Filho (2008)¹⁷, ministro do TST:

Proc. n. E-ED-RR-867/2002-077-15-00 – SBDI-I – Relator Ministro Vieira de Mello Filho – Publicação: DJ 22.08.2008. RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/07. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. [...] o acordo coletivo pressupõe, na sua essência, que as partes acordantes se compuseram em razão de seus interesses prementes, sendo natural que tenham aberto mão de vantagens para albergar outras exclusivamente visualizadas por elas.

Em sentido oposto, o ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos (2008)¹⁸, em agravo de instrumento de recurso de revista do que foi relator, observa, por sua vez, a importância de se demonstrar efetivamente a existência de contrapartida e não simplesmente presumi-la pelo simples fato de a negociação ter-se dado por meio de Sindicato:

Proc. n. AI-RR-170/2002-038-01-40 – 7ª Turma – Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos – Publicação: DJ 31.10.2008. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. HORAS EXTRAS. BASE DE CÁLCULO. [...] A flexibilização de direitos há de trazer, para a categoria envolvida, contrapartidas sólidas, atendendo-se ao princípio segundo o qual a CLT estabelece um estatuto mínimo a ser observado, admitindo-se que via coletiva as categorias obtenham mais e melhores condições de trabalho, nunca simples redução de direitos. A tese de que, desde que comprovada a interveniência sindical, toda e qualquer flexibilização estaria autorizada, não pode ser admitida.

É de se questionar o temerário entendimento de ser possível presumir a contrapartida pelo simples fato de se tratar de negociação coletiva com participação de sindicato, sob o argumento de que a participação sindical despro-

17. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - Proc. n. E-ED-RR-867/2002-077-15-00. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4480937.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 29/01/2009.

18. Idem. - Proc. n. AI-RR-170/2002-038-01-40. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4559597.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em: 25/11/2008.

veria o obreiro de sua hipossuficiência¹⁹. Pior ainda, seria afastar dos trabalhadores que se sentissem lesados, a constitucional tutela do Judiciário²⁰, em virtude de suposição meramente teórica, fazendo prevalecer a forma sobre a realidade²¹.

A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho²², de 13/11/2007, aprovou um enunciado, o de número 33, que afirma, justamente, a necessidade de se indicar e não simplesmente presumir a contrapartida em negociações coletivas, garantindo ao trabalhador, inclusive, o direito de requerer, individualmente, a nulidade da cláusula convencional que lhe prejudique sem proporcionar respectiva compensação:

33. NEGOCIAÇÃO COLETIVA. SUPRESSÃO DE DIREITOS. NECESSIDADE DE CONTRAPARTIDA. A negociação coletiva não pode ser utilizada somente como um instrumento para a supressão de direitos, devendo sempre indicar a contrapartida concedida em troca do direito transacionado, cabendo ao magistrado a análise da adequação da negociação coletiva realizada quando o trabalhador pleiteia em ação individual a nulidade de cláusula convencional.

Deve-se ressaltar que à proposta que resultou a aprovação do enunciado n. 33 foi pensada uma outra, (proposta pensada 1, de autoria de Cláudio Victor de Castro Freitas)²³ com redação diametralmente oposta, qual seja, afirmando-se a desnecessidade de compensação específica das vantagens retiradas de um trabalhador por meio de negociação coletiva. Como se pode verificar, entretanto, prevaleceu o entendimento de se fazer necessária a comprovação da contrapartida. Importante conhecer o inteiro teor da proposta debatida (8ª proposta)²⁴, na Comissão III (Lides Sindicais – Direitos Coletivos), de autoria de Bóris Luiz Cardozo de Souza, uma vez que, além de explicar o enunciado aprovado, afirmando a hipossuficiência do empregado até mesmo em negociações coletivas, o que afastaria a possibilidade de se presumir a contrapartida, a pro-

19. Nesse sentido, o julgado do TST: "Proc. n. RR-1320/2000-006-17-00 – 5ª Turma – Juiz Convocado Relator José Pedro de Camargo – Publicação DJ 20.01.2006. [...] quando se trata de negociação coletiva, o trabalhador não precisa, nem pode, ser tutelado, sobretudo pelo Poder Judiciário, mesmo porque só se há de reconhecer a qualidade de hipossuficiente do empregado, quando este age de modo individual, pois, aí sim, estará desprotegido e vulnerável!". (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, apud BELTRAMELLI NETO, Silvio. Op. cit. 106).

20. Art. 5º, XXV, da CF/88: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". – (Brasil. Constituição Federal de 1988).

21. Sobre o Princípio laboral da Primazia da Realidade: "O significado que atribuímos a este princípio é o da primazia dos fatos sobre as formas, as formalidades ou as aparências. Isto significa que em matéria de trabalho importa o que ocorre na prática, mais do que aquilo que as partes hajam pactuado de forma mais ou menos solene, ou expressa, ou aquilo que conste em documentos, formulários e instrumentos de controle" (PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho, p. 227).

22. Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA. Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>.

23. Idem. Inteiro teor das propostas debatidas. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com3_proposta8.pdf>.

24. Ibidem. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com3_proposta8.pdf>.

posta atenta para a necessidade não somente de sua existência, mas, também, para que esteja expressa no instrumento normativo de forma inequívoca:

A Seara Laboral debate calorosamente sobre os Limites da Autonomia Coletiva e qual deve ser a atuação do magistrado nessa verificação, uma vez que a jurisprudência do TST valida as negociações coletivas firmadas, privilegiando a autonomia privada coletiva, tomando por base o fato de que a existência do instrumento normativo firmado, por si só, faz presumir a higidez da negociação entabulada. Tal tese não exige a presença de contrapartida expressa no instrumento normativo firmado que suplante determinado direito previsto na legislação. Apesar das opiniões divergentes, entendo que ante a excepcionalidade da nova norma produzida pelas partes, cabe ao magistrado a observância de todos os aspectos de um instrumento tão poderoso como esse, que pode desregular quase toda a rede de proteção legislativa até agora estabelecida. Agindo assim, o juiz estaria aplicando as máximas *daha mihi factum dabu tibi jus e jura novit curia*, buscando preservar a legislação vigente e o lado sabidamente hipossuficiente nas relações laborais, inclusive na negociação coletiva. Afinal de contas, devido à globalização, há uma constante eliminação de postos de trabalho, que acaba por enfraquecer as entidades sindicais, que outrora utilizavam os instrumentos normativos, para conquistar direitos para seus filiados. Portanto, não pode o magistrado furtar-se de uma análise acurada e pormenorizada do instrumento normativo como um todo, quando há pedido em ação individual de nulidade de cláusula convencional. Pois admitir a simples higidez da negociação coletiva apenas porque esta foi levada a cabo, estabelece uma inversão de premissas que acaba por permitir a desregulamentação por tais instrumentos normativos de direitos reconhecidos pela legislação e consagrados pela jurisprudência majoritária, além de ferir de morte o Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio do Não-Retrocesso. É nesse contexto social e principiológico que deve se dar, até mesmo de ofício, a análise dos instrumentos normativos, sopesando-se os direitos transacionados com a contrapartida oferecida, observando-se sempre que o intuito do constituinte originário com a permissão de uso da negociação coletiva era a melhoria das condições de vida e de labor dos trabalhadores e não a mera extirpação de direitos. Assim, para que o magistrado possa fazer a análise da adequação da negociação coletiva, é necessário que todas as contrapartidas pela supressão das normas postas pela legislação vigente estejam expressas de forma inequívoca no instrumento normativo celebrado, sob pena de se ver validada em juízo normas coletivas que desprezam todo o acarbouço normativo e jurisprudencial, em troca de uma promessa implícita de manutenção do emprego.

Por fim, a título de exemplo, o julgado (2006)²⁵ a seguir colacionado mostra-nos um caso de declaração de nulidade de acordo coletivo por ine-

25. RONDÔNIA.Tribunal Regional do Trabalho – 6ª região - Proc. n. TRT-RO - 00681-2005-231-06-00-0. Disponível em: <<http://peticao.trt6.gov.br/2005/RO006812005231060000.RTF>>. Acesso em: 09/02/2009.

xistência de contrapartida diante da supressão de direito, no caso das horas *in itinere*²⁶:

Proc. n. TRT-RO - 00681-2005-231-06-00-0 – 2ª Turma– Relator Juiz Ibrahim Alves Filho – Publicação: D.O.E 05/04/2006. DIREITO DO TRABALHO. RECURSO ORDINÁRIO. SUPRESSÃO DE HORAS DE PERCURSO. ACORDOS COLETIVOS. INVALIDADE, À MÍNGUA DE BENEFÍCIOS, EM CONTRAPARTIDA, À CATEGORIA PROFISSIONAL. Em princípio, é lícito às categorias profissional e econômica, mediante acordos ou convenções coletivas transacionarem sobre horas de espera ou de percurso, até para reduzi-las, inexistindo, só por isso, vulneração a qualquer dispositivo legal. Os sindicatos têm ampla legitimidade para defender os interesses individuais e coletivos da categoria, podendo firmar acordos ou convenções coletivas, que resultam de transação entre as partes. Não obstante, a previsão constitucional de respeito às convenções e acordos coletivos não permite sejam simplesmente suprimidos direitos trabalhistas. O reconhecimento dos ajustes pactuados entre as categorias econômica e profissional não conduz à conclusão de que possam derogar preceitos legais, máxime se não há contrapartida para uma das partes envolvidas. Daí porque, na espécie, é nulo o acordo coletivo de trabalho colacionado ao autos que estabelecem apenas vantagens para a empresa em detrimento dos integrantes da categoria profissional, em franca vulneração ao artigo 58, § 2º da CLT. Apelo a que se nega provimento.

Conclusão

A flexibilização trabalhista é uma realidade inegável no Brasil. As condições de trabalho, principalmente em tempo de crise, passam a ser discutidas com o objetivo de minimizar os males oriundos do desemprego e do trabalho informal. A Constituição Federal de 1988, ainda que minimamente, disciplinou possibilidades de flexibilização, mas, para que esse atual instituto possa ser utilizado com segurança, de forma a efetivamente adaptar normas laborais à realidade e não simplesmente suprimir direitos trabalhistas duramente conquistados ao longo dos anos, cabe ao Direito estabelecer formas de se conduzir a flexibilização. Duas importantes maneiras de se garantir que a flexibilização ocorra de forma justa e eficiente são: fazer uso da teoria do conglobamento e exigir contrapartida.

No Direito do Trabalho sempre prevalece a norma que se demonstrar mais benéfica ao trabalhador. A teoria do conglobamento, que considera preponderante a norma que, em seu conjunto, seja mais benéfica ao trabalhador,

26. O TST vem admitindo, em reiterados julgados, a flexibilização do período de deslocamento do empregado até o local de serviço, denominado horas *in itinere*. O fundamento para tanto é a teoria do conglobamento, que considera as normas em seu conjunto, de forma que sejam considerados válidos acordos e convenções coletivas que contenham concessões mútuas. Nesse sentido: BELTRAMELLI NETO, Silvio. Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas, p. 100-104.

exerce papel fundamental na plausibilidade jurídica da flexibilização. Isso porque torna possível que, a despeito da regra da norma mais favorável, se aceite que se sobreponha à lei convenção coletiva que contenha dispositivo menos vantajoso ao trabalhador. Assim, a flexibilização que mitiga algum direito pode ser considerada possível, uma vez que não se analisa dispositivos isolados da convenção coletiva, mas sim, um conjunto de concessões recíprocas. Ao se fazer uso da teoria do conglobamento, será válido o objeto de negociação coletiva que, no todo, se mostre vantajoso à classe trabalhadora. Em concordância ao exposto já há, inclusive, jurisprudência do TST.

Nesse contexto, passa-se a falar em exigência de contrapartida, que se substancia na necessidade de se recompensar, com benefícios correspondentes, as perdas sofridas pelos trabalhadores em negociações flexibilizadoras. A contrapartida preserva a aplicação do princípio Protetivo, também garantindo, por sua vez, a almejada e outrora citada flexibilização justa e eficiente. Ainda não há estudos profundos acerca do tema, mas entendimento mais moderno já chega, inclusive, a afirmar a impossibilidade de se presumir a contrapartida, dada a sua essencialidade.

Tem-se, pois, a teoria do conglobamento e a contrapartida como dois importantes instrumentos para a realização da flexibilização trabalhista que, verdadeiramente, não se afaste do dever de proteger a parte hipossuficiente das relações laborais.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO – ANAMATRA. **Enunciados aprovados na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho. Brasília: 23 nov, 2007. Disponível em:** <http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados/enunciados_aprovados.cfm>. Acesso em: 03 fev. 2009.

_____. **Inteiro teor das propostas debatidas na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho: Comissão I - Lides Sindicais - Direito Coletivo. Brasília: 23 nov. 2007. Disponível em:** <http://www.anamatra.org.br/jornada/propostas/com3_proposta8.pdf>. Acesso em: 03/02/09.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. **Limites da flexibilização dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - Proc. n. Resp 758296: / RS. RECURSO ESPECIAL 2005/0095217-4 – T1 – 1ª turma – Relator Ministro Luiz Fux – Publicação: 04 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=flexibiliza%E7%E3o+e+trabalho&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=5>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho - **Proc. n. RR - 400/2002-003-15-00** – 1ª turma – Relator Ministro Vieira de Melo Filho – Publicação: 17 out. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4538979.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 16 fev 2009.

_____. **Proc. n. RR - 1473/2004-023-03-00** – 2ª turma – Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – Publicação: 17 out. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4537434.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

_____. **Proc. n. RR - 1462/2004-003-21-00** – 3ª turma – Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – Publicação: DJ – 31 out. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4542784.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 16 fev. 2009.

_____. **Proc. n. E-RR-1463/2004-002-21-00** – SBDI- I – Relator Ministro Lélío Bentes Corrêa – Publicação: DJ 26.09.2008. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4515991.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em: 25 nov. 2008.

_____. **Notícias do Tribunal Superior do Trabalho**. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/no01/no_noticias.Exibe_Noticia?p_cod_noticia=1917&p_cod_area_noticia=ASCS>. Acesso em: 15 Jn. 2009.

_____. **REsp ROAA - 36/2005-000-16-00**– SBDI-I – Relator Ministro Maurício Godinho Delgado – Publicação: DJ 13 jun. 2008. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4416444.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 09 fev. 2009.

_____. **Proc. n. AI-RR-170/2002-038-01-40** – 7ª Turma – Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos – Publicação: DJ 31 out. 2008. Disponível em: <<http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4559597.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>>. Acesso em: 25 nov. 2008.

_____. **Proc. n. E-ED-RR-111/2002-004-20-00.0** – SBDI-I – Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula – Publicação: DJ – 28 mar. 2008. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4363311.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em: 30 jan. 2009.

_____. **Proc. n. E-ED-RR-867/2002-077-15-00**– SDI-I – Relator Ministro Vieira de Mello Filho – Publicação: DJ 22 ago. 2008. Disponível em: <http://brs02.tst.gov.br/cgi-bin/nph-brs?s1=4559597.nia.&u=/Brs/it01.html&p=1&l=1&d=blnk&f=g&r=1>. Acesso em: 25 nov. 2008.

CARMO, Júlio Bernardo do. **A negociação coletiva e o respeito aos direitos sociais mínimos**. Disponível em: <http://www.trt.gov.br/download/artigos/pdf/01_negociacao_coletiva_respeito.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2009.

CUNHA, Carlos Roberto. **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.

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

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 19. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NITAHARA, Akemi. **Flexibilização de direitos trabalhistas pode agravar crise, alerta magistrado**. Publicação em: 02 fev. 2009. Disponível em: <<http://mercadoetico.terra.com.br/arquivo/flexibilizacao-de-direitos-trabalhistas-pode-agravar-cri-se-alerta-magistrado/>>. Acesso em: 28 abr. 2009.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. **A lei já é maleável**. São Paulo: Agência Sindical. Disponível em: <<http://www.agenciasindical.com.br/opiniao/opiniao%20geral/340%20Ricardo%20Jose%20Macedo%20de%20Britto.html>>. Acesso em: 29 fev. 2009.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTR, 1994.

ROCHA, Marcelo Oliveira et. al. **Negociação do direito do trabalho: negociado e legislado**. Rio de Janeiro: LZN, 2005.

RONDÔNIA. Tribunal Regional do Trabalho – 6ª região -- **Proc. n. TRT-RO - 00681-2005-231-06-00-0** – 2ª TURMA – Relator Juiz Ibrahim Alves Filho – Publicação: D.O.E 05 abr. 2006. Disponível em: <<http://peticao.trt6.gov.br/2005/RO006812005231060000.RTF>>. Acesso em: 09 fev. 2009.