



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NAIRA LAVÍNIA ALVES LIMA

**A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO
LEGISLADO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COLETIVO DO
TRABALHO: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.467/2017**

Salvador
2018

NAIRA LAVÍNIA ALVES LIMA

**A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO
LEGISLADO NA PERSPECTIVA DO DIREITO COLETIVO DO
TRABALHO: UMA ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.467/2017**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Ma. Adriana Brasil Viera Wyzykowski

Salvador

2018

NAIRA LAVÍNIA ALVES LIMA

**A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO LEGISLADO
NA PERSPECTIVA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: UMA
ANÁLISE À LUZ DA LEI Nº 13.467/2017**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, defendida e aprovada pela banca examinadora abaixo assinada.

Salvador, ___ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Adriana Brasil Viera Wyzykowski – Orientadora

Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito
Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Universidade Federal da Bahia

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Júnior

Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Edilton Meireles de Oliveira dos Santos

Especialista em Direito Processual do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Professora Adriana Wyzykowski, por sua confiança, carinho e compreensão. Agradeço aos professores que fizeram parte da minha jornada na Universidade Federal da Bahia, em especial a Professora Isabela Fadul e o Professor Murilo Oliveira.

Agradeço aos meus pais, Núbia e Otávio, ao meu irmão, Otávio, e meu noivo, Raphael, pelo apoio incondicional que me permitiu chegar até aqui, mesmo com todas as dificuldades.

Agradeço, por fim, a cada trabalhador que a mim contou sua história e fez crescer em mim o interesse pelo direito do trabalho e pela luta por nossos direitos.

LIMA, Naira Lavínia Alves Lima. A prevalência do negociado em detrimento do legislado na perspectiva do direito coletivo de trabalho: uma análise à luz da lei nº 13.467/2017. 69 f. il. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

RESUMO

A presente monografia consiste em um trabalho de conclusão de curso e a prevalência do negociado sobre o legislado, a partir da análise do princípio da proteção, da norma mais favorável e da valorização do trabalho humano. Busca-se investigar a compatibilidade das alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, em especial a do art. 611-A, do Decreto-lei nº 5.452/1943, com as regras existentes na própria Consolidação das Leis do Trabalho, assim como em relação a Constituição Federal. O tema ainda é pouco explorado pela doutrina e jurisprudência tendo em vista o quão recente é a Lei nº 13.467/2017. No primeiro capítulo será abordada a autonomia privada no direito do trabalho, já que ela é fundamento da negociação coletiva. No capítulo seguinte, será explorada a negociação coletiva, que pode dar origem a uma norma coletiva. No último capítulo será explorado art. 611-A, do Decreto-lei nº 5.452/1943, sua compatibilidade com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com as normas do Decreto-lei nº 5.452/1943 e da Constituição Federal de 1988. Observou-se, assim, uma total incompatibilidade do art. 611-A, do Decreto-lei nº 5.452/1943 com outras normas da mesma norma e também com a Constituição Federal de 1988.

Palavras-Chaves: reforma trabalhista; autonomia privada; negociação coletiva; princípio da proteção; direitos fundamentais;

ABSTRACT

This monography consists in a conclusion course paper and speaks about the the prevalence of the negotiated over the legislated, based on the analysis of the principle of protection, the most favorable norm and the valuation of human work. It seeks to investigate the compatibility of the changes introduced by Law 13467/2017, especially that of art. 611-A, of Decree-Law No. 5,452 / 1943, with the existing rules in the Consolidation of Labor Laws, as well as in relation to the Federal Constitution. The subject is still little explored by doctrine and jurisprudence in view of the recent Law No. 13,467 / 2017. In the first chapter will be approached the private autonomy in labor law, since it is the basis of collective bargaining. In the following chapter, collective bargaining will be explored, which may give rise to a collective norm. In the last chapter will be explored art. 611-A, of Decree-Law 5,452/1943, its compatibility with the principles that guide the Brazilian legal system, as well as with the norms of Decree-Law 5,452/1943 and the Federal Constitution of 1988. It was detected a total incompatibility of art. 611-A, of Decree-Law 5,452 / 1943 with other norms of the same law and with the Federal Constitution of 1988.

Keywords: labor reform; private autonomy; collective bargaining; principle of protection; fundamental rights;

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DO TRABALHO	11
2.1	AUTONOMIA E VONTADE.....	11
2.2	AUTONOMIA DA VONTADE: ASCENSÃO E QUEDA	12
2.3	A AUTONOMIA PRIVADA	15
2.3.1	Conceito e Distinção.....	15
2.3.2	Fatores de Limitação	16
2.4	A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NA SEARA TRABALHISTA.....	20
2.4.1	Autonomia Privada Individual versus Coletiva.....	20
2.4.2	Interesse Coletivo e Formação da Vontade Coletiva	23
2.4.3	Natureza e Função no Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	26
3	A NEGOCIAÇÃO COLETIVA	29
3.1	CONCEITO E DENOMINAÇÃO	29
3.2	NATUREZA JURÍDICA	32
3.2.1	Teoria Contratualista	32
3.2.2	Teoria Extracontratual.....	34
3.2.3	Teoria Normativista.....	35
3.2.4	Teoria Mista.....	37
3.3	LEGITIMAÇÃO PARA NEGOCIAÇÃO.....	38
3.4	CONTEÚDO E REQUISITOS.....	39
3.5	VIGÊNCIA E EFICÁCIA TEMPORAL DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS... 41	
4	A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO LEGISLADO: UMA ANÁLISE DO ART. 611-A, CLT	44
4.1	HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO E A NORMA MAIS FAVORÁVEL	44
4.2	A CONTEXTUALIZAÇÃO DA EDIÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA	46

4.2.1 Contexto Histórico e Críticas	46
4.2.2 A Mudança de Paradigmas Laborais da Reforma.....	48
4.3 HIERARQUIA DAS FONTES E O ART. 611-A, CLT	49
4.3.1 A Necessária Intervenção do Estado para a Garantia dos Direitos Fundamentais.	50
4.3.2 O Art. 611-A, CLT à Luz do Princípio da Proteção, Norma Mais Favorável e Proibição ao Retrocesso Social.....	55
5 CONCLUSÕES	62
6 REFERÊNCIAS	64

1 INTRODUÇÃO

O direito do trabalho é marcado pelas disparidades de condições existentes entre empregador e empregado, de forma que esse último sempre está em posição de vulnerabilidade em face nessa relação jurídica.

A reforma trabalhista, que foi aprovada sem que fosse promovido o necessário debate com a sociedade, insere na Consolidação das Leis do Trabalho normas que flexibilizam direitos fundamentais já consagrados, colocando em xeque o princípio da proteção, o da norma mais favorável e o da vedação ao retrocesso social.

Aqueles que defendem a Lei nº 13.467/2017 argumentam que através dela seriam gerados novos empregos e que a legislação trabalhista estava defasada e era excessivamente burocrática.

É nesse contexto que se insere a inclusão do art. 611-A, da CLT, que estabelece a prevalência do negociado em detrimento do legislado em matéria de jornada de trabalho, remuneração, trabalho em ambiente insalubre, e outras.

Assim, o presente trabalho tem-se por objetivo principal examinar a compatibilidade das alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, em especial a do art. 611-A, do Decreto-lei nº 5.452/1943, com as regras existentes na própria Consolidação das Leis do Trabalho, assim como em relação a Constituição Federal.

Ademais, busca-se aqui examinar a incidência dos direitos fundamentais nas negociações coletivas, avaliando a compatibilidade da dita norma com os princípios do direito do trabalho.

Para fins de hipótese, supõe-se que a prevalência do negociado em detrimento do legislado atinge frontalmente o princípio da proteção, o da prevalência da norma mais favorável e o da vedação ao retrocesso social.

No que se refere a metodologia utilizada, será o método hipotético-dedutivo aliado a um levantamento bibliográfico e, ainda, o método normativo-dogmático associado à uma avaliação das normas trabalhistas inseridas pela reforma trabalhista em comparação com as normas existentes antes da sua entrada em vigor.

No primeiro capítulo será abordada a autonomia privada no direito do trabalho, já que ela é fundamento da negociação coletiva. No capítulo seguinte, será explorada a negociação coletiva, que pode dar origem a uma norma coletiva. No

último capítulo será explorado art. 611-A, do Decreto-lei nº 5.452/1943, sua compatibilidade com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com as normas do Decreto-lei nº 5.452/1943 e da Constituição Federal de 1988.

2 A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DO TRABALHO

A autonomia privada é importante elemento do direito do trabalho, ganhando ainda mais relevância com as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, que buscam fortalecer a negociação coletiva, que inclusive passa a prevalecer sobre a lei dentro das hipóteses ali trazidas, conforme art. 611-A, da CLT.

O estudo acerca da autonomia privada, suas características, sua definição e seus limites importam para uma discussão acerca da existência ou não de validade dos negócios jurídicos celebrados no âmbito do direito do trabalho.

2.1 AUTONOMIA E VONTADE

Autonomia quer dizer, etimologicamente, segundo De Plácido e Silva “direito de se reger por suas próprias leis, indicando a faculdade que possui determinada pessoa ou instituição em traçar as normas de sua conduta sem que sinta imposição restritiva de ordem estranha”¹.

De forma geral é compreendida a autonomia como sinônimo de independência, liberdade, auto-regulamentação de condutas, autogoverno². O que não quer dizer que pode ser livremente exercitada³. Em verdade, ela se submete a alguns limites, que serão oportunamente analisados

No que diz respeito ao exercício da autonomia, para que ela se configure é necessário que uma das partes na relação negocial não tenha sobre a outra uma relação de supremacia ou controle, para que se evite a sujeição do pólo mais fraco da relação⁴.

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 251 apud SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004. p. 63.

² RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018. p. 113.

³ HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial extensão e limites na perspectiva civil constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. p. 59.

⁴ COELHO, Luciano Augusto de Toledo. Contrato de trabalho e a autonomia privada. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 29, n. 53, p. 251-284, jul./dez. 2004. p. 280.

As noções de autonomia e vontade estão intrinsecamente ligadas. A ideia de autonomia da vontade foi responsável por atribuir à vontade subjetiva o papel de criadora dos atos jurídicos⁵.

Segundo Irineu Strenger, “o que chamamos de vontade é uma transfiguração dos nossos instintos pelas exigências do mundo objetivo que nos dá a capacidade de executar os atos da razão”. Salieta o autor que a vontade não perde seu conteúdo filosófico ao passar para o plano jurídico⁶.

A vontade é capaz de determinar o agir ou não agir. O que de fato a caracterizaria seria um conflito de fins, ou seja, a presença de duas tendências díspares. Teria como função essencial a de reduzir o processo de dar uma direção à vida do homem⁷.

É a vontade um dos principais elementos do ato jurídico e, uma vez que esteja de acordo com o ordenamento jurídico, é capaz de produzir efeitos jurídicos. A faculdade que tem o indivíduo de agir de acordo com sua vontade denomina-se liberdade. Nesse sentido, “A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis”⁸.

A vontade é um importante elemento da autonomia, de forma que se não houver manifestação de vontade ou esta padecer de algum vício, a validade do negócio jurídico será atingida.

2.2 AUTONOMIA DA VONTADE: ASCENSÃO E QUEDA

É na Revolução Francesa, inspirada pelos ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, que surge a noção clássica da autonomia da vontade⁹. Surge também

⁵ STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. a. III, n. 10, p. 53-72, jan./mar. 2004. p. 54.

⁶ STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. a. III, n. 10, p. 53-72, jan./mar. 2004. p. 58.

⁷ STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. a. III, n. 10, p. 53-72, jan./mar. 2004. p. 56 e 58.

⁸ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 212.

⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004. p. 64.

o liberalismo, que busca em seus primórdios a imposição de limites ao governo¹⁰ e que se baseava na existência de uma igualdade abstrata entre os indivíduos¹¹.

De acordo com a teoria da autonomia da vontade, a declaração da vontade obriga a pessoa, havendo uma ligação automática entre a vontade declarada e a capacidade desta de produzir efeitos jurídicos. Pela noção de autonomia da vontade, a liberdade negocial não teria limites jurídicos para seu exercício¹².

Na concepção clássica da autonomia da vontade, pautada pelos ideais do liberalismo, a igualdade formal era pressuposto da lei e legitimava o exercício da liberdade contratual. Estava associada a uma ideia de “vontade plenamente livre, sem interferência externa, fundamentada na liberdade do indivíduo de pactuar livremente, de auto-obrigar-se de acordo com seus interesses”¹³.

É nesse contexto que a autonomia da vontade alcança a categoria de princípio do Direito e de fonte das relações jurídicas¹⁴.

No entanto, surgem argumentos de que tratar a autonomia apenas como um produto da vontade, “revelou-se uma derivação reducionista do *individualismo*, esquecendo o substrato *humanista* que lhe deveria permear e, de modo inequívoco, abrindo o flanco para as críticas mais severas por sua posição arbitrária aos desígnios da lei”¹⁵.

A teoria clássica da autonomia da vontade no final do século XIX, início do século XX passa a ser questionada¹⁶ e, tais questionamentos surgem no contexto da

¹⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo**: ensaio sobre a sociedade neoliberal. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 33.

¹¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004. p. 67.

¹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 53.

¹³ STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade, considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção moderna da teoria contratual. **Em Tempo (Marília)**. Marília, v. 8, p. 55-68, set. 2009. p. 59-60.

¹⁴ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018. p. 118.

¹⁵ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018. p. 120.

¹⁶ STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade, considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção moderna da teoria contratual. **Em Tempo (Marília)**. Marília, v. 8, p. 55-68, set. 2009. p. 63.

Primeira Guerra Mundial, do avanço do fascismo e nazismo, além de outros acontecimentos¹⁷.

Esses eventos “deram ensejo a que surgisse uma nova visão da autonomia da vontade, tão própria que repudiará o termo *vontade* e colocará em evidência a partícula *privada*”¹⁸.

As questões suscitadas por aqueles que recusavam a autonomia da vontade são as seguintes:

a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos¹⁹.

Nesse sentido, ocorre uma transição da autonomia da vontade para a autonomia privada, de modo que “a autonomia passou a ser guiada pelo deslocamento da pessoa humana para o centro do ordenamento”²⁰.

A vontade continua a ser requisito indispensável ao ato jurídico, sendo assim digna de proteção legal. No entanto, o conceito da vontade passa por uma ressignificação, tendo em vista as limitações que o interesse social impõe, seja o interesse individual homogêneo, coletivo ou difuso²¹.

É nesse contexto que a teoria da autonomia da vontade passa a ser substituída pela teoria da autonomia privada, que se distingue da primeira essencialmente em relação aos limites no exercício da liberdade negocial. Essa última teoria contesta o

¹⁷ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018. p. 121.

¹⁸ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018. p. 121.

¹⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018. p. 122.

²⁰ HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial extensão e limites na perspectiva civil constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 55.

²¹ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76-92. p. 77.

dogma da vontade, trazendo a ideia de que o consenso por si não é capaz de criar norma jurídica. Somente poderia criar direito aquele que fosse considerado legítimo pelo ordenamento jurídico ou, ainda, que não o contrariasse²².

A concepção de autonomia da vontade, que por muito tempo era suficiente para explicar a autonomia, não tem mais espaço na atual ordem jurídico, em especial no direito do trabalho, que tem por princípio basilar o da proteção.

2.3 A AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada não se limita à de natureza individual, de forma que é importante discutir as particularidades de cada uma, assim como seus limites, já que a autonomia privada não detém abrangência irrestrita.

2.3.1 Conceito e Distinção

A autonomia privada diz respeito à possibilidade dos atos dos particulares se transformarem em jurídicos, configurando regras ou normas de conduta ou comportamento²³. É um poder que permite as pessoas regularem suas próprias ações e consequências jurídicas²⁴.

No que tange à autonomia privada, ela se constitui no espaço de atuação que lhe é concedido pelo ordenamento jurídico, o que permite aos indivíduos a autorregulamentação. É dessa forma que os particulares se tornam legisladores, sendo capazes de criar normas jurídicas de eficácia reconhecida pelo Estado²⁵.

Apesar de ser tratada por vezes como sinônimo de autonomia da vontade, as duas não se confundem. Isso porque “a expressão autonomia da vontade tem uma

²² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 51-53.

²³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004. p. 68.

²⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 47.

²⁵ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 213.

conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo subjetivo, concreto e real”.²⁶

Diferencia-se a autonomia privada da autonomia da vontade, inclusive sendo considerada mais abrangente que esta última, na medida em que leva em consideração não apenas a vontade do indivíduo, como também o interesse social, não se restringindo aos negócios patrimoniais²⁷.

A teoria clássica da autonomia da vontade a considera “princípio essencial à formação do negócio jurídico”. Nesse sentido, é marcada pelo individualismo exacerbado, presente no liberalismo francês²⁸.

Por outro lado, a autonomia existencial “se afirma como conteúdo da liberdade individual no que se refere às livres opções do indivíduo para a concretização do que reputar compatível para se realizar como pessoa”²⁹. A autonomia existencial garante ao indivíduo que ele possa se expressar, concretizar sua personalidade³⁰.

O poder de gerar efeitos jurídicos voluntários é a autonomia privada, e não a autonomia da vontade. Esse poder é dado pelas normas jurídicas e só pode ser exercido dentro dos seus limites. Nesse sentido, a vontade apenas é requisito da existência do negócio jurídico, não sendo um requisito de validade³¹.

São relevantes as distinções entre os tipos de autonomia existentes. No entanto, todas estão associadas ao direito à liberdade.

2.3.2 Fatores de Limitação

²⁶ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102. p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 213.

²⁷ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76-92. p. 85-86.

²⁸ RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76-92. p. 85.

²⁹ HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial extensão e limites na perspectiva civil constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 137.

³⁰ HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial extensão e limites na perspectiva civil constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, p. 139.

³¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 54.

Enquanto a autonomia da vontade carece de limites, vez que fundada em uma ideia de igualdade formal entre as partes, o mesmo não ocorre com a autonomia privada. Seu conteúdo tem como limites o ordenamento jurídico, em especial no princípio da dignidade humana e a ordem pública³².

As limitações que a autonomia privada sofreu têm como origem o surgimento do Estado Social. Com o processo de constitucionalização do Direito esse processo de imposição de limites à autonomia privada se intensifica³³.

Apesar da importância da autonomia privada, que é reconhecida como instrumental para a democracia, ela não pode ser considerada absoluta. Se assim fosse, as leis que proibissem ou determinassem algum comportamento humano seriam inconstitucionais³⁴.

Dessa forma, é necessário que o Estado intervenha em alguns casos, de forma a restringir a autonomia privada, tanto para “*proteger a liberdade dos outros*”, quanto para “*favorecer o bem comum e proteger a paz jurídica de toda sociedade*”³⁵.

Tais limites tem como objetivo equilibrar o interesse do indivíduo com o restante da sociedade³⁶. Na hipótese de possível ameaça a um direito em face da autonomia privada, o mesmo deve ser ponderado o em relação a autonomia³⁷.

Em relação a autonomia privada, existem dimensões dela que podem ser consideradas mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade humana, possuindo, portanto, importância superior³⁸.

³² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 55.

³³ PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 176-187, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07>>. Acesso em 23 out. 2018. p. 179.

³⁴ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. IV, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 182-183.

³⁵ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. IV, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 15 out. 2018. p. 183.

³⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 56.

³⁷ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. IV, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 23 out. 2018. p. 185.

Em relação aos limites da autonomia privada, são comumente citados a lei e a ordem pública, a moral e os bons costumes.

Quanto à lei, vale ressaltar que os particulares não podem excluir os elementos de existência nem os requisitos de validade do negócio jurídico, bem como não têm poder de afastar as sanções previstas legalmente. Dessa forma, os pressupostos e a maioria dos efeitos jurídicos dos negócios jurídicos em geral não estão sujeitos à disposição das partes³⁹. A lei concede poderes para os indivíduos regularem suas vidas privadas, ao mesmo tempo em que impõe limites a essa liberdade⁴⁰.

Já em relação a ordem pública, enquanto limite à autonomia privada, ela é entendida como o próprio ordenamento jurídico, “especialmente no que tange às normas dotadas de caráter imperativo ou cogente, que estabelecem uma preponderância a favor dos interesses públicos”⁴¹.

Admite-se, portanto, a imposição de limites à autonomia privada com base na ordem pública no momento em que “se constatasse que o ato autônomo individual, ainda que proveitoso ao sujeito, acabasse por trazer prejuízo social proporcionalmente injustificado”.⁴²

Em relação a moral e os bons costumes, que podem ser considerados o consenso da maioria, não é possível limitar a autonomia privada tendo por base na existência de um mero consenso geral, “já que esse consenso pode ter sido formado com base em critérios que não fazem parte da regra do jogo das posições morais, como o preconceito, por exemplo”⁴³.

Nesse sentido, em relação a presença da moral na lei, vale destacar que:

³⁸ SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. IV, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 23 out. 2018. p. 186.

³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 58.

⁴⁰ SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental**: propostas pela promoção da dignidade. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 48.

⁴¹ PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 176-187, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07>>. Acesso em 23 out. 2018. p. 180.

⁴² SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental**: propostas pela promoção da dignidade. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 49.

⁴³ SANT’ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental**: propostas pela promoção da dignidade. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador. p. 52.

Sempre haverá espaço para a moral dentro da lei, o que é inegável pelo influxo do reconhecimento dos princípios enquanto normas jurídicas. O que não pode haver é limitação da autonomia de um sujeito, por conta de preconceitos e opções de terceiros disfarçados sob a égide da moral.

Além dos limites mencionados supra, a função social e o princípio da boa-fé objetiva também são trazidos como institutos capazes de restringir a autonomia privada.

Com a funcionalização dos institutos do Direito Privado ocorre uma relativização da autonomia privada, o que significa que os particulares não podem ater-se apenas aos seus interesses privados, de forma que também devem estar atentos aos interesses sociais. Nesse espeque, tal limitação não leva à extinção da autonomia privada, se buscando com ela apenas a superação de um modelo excessivamente individualista⁴⁴.

O princípio da boa-fé, como atualmente é compreendido, funda-se na ordem constitucional, mais especificamente nos princípios da dignidade humana e solidariedade social⁴⁵.

O conceito de boa-fé é tipicamente compreendido como dever de agir corretamente, havendo uma dificuldade prática de definir o que seria o agir corretamente⁴⁶.

No que se refere à sua classificação, se subdivide em boa-fé subjetiva e objetiva. Nessa senda, a primeira se traduz em um “*estado de ignorância legítima da*

⁴⁴ PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 176-187, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07>>. Acesso em 23 out. 2018. p. 181-182.

⁴⁵ PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 176-187, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07>>. Acesso em 23 out. 2018. p. 183.

⁴⁶ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no código civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). **10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 308-323. p. 310.

*peessoa*⁴⁷, enquanto a segunda pode ser definida como “*regra de conduta a impor a lealdade e uma expectativa de confiança*”⁴⁸.

Diante do exposto, fica evidente que o princípio da boa-fé objetiva impõe restrições ao exercício da autonomia privada, já que permite a incidência de direitos fundamentais nas relações privadas⁴⁹.

Faz-se necessária a imposição de limites à autonomia privada, no entanto, tal limitação não pode ser feita de forma arbitrária, sob pena de violação à liberdade do indivíduo.

2.4 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA NA SEARA TRABALHISTA

A autonomia privada coletiva ganha ainda mais relevância com as alterações promovidas pela reforma trabalhista, de forma que se faz necessário conhecer suas características e as mudanças que traz a Lei nº 13.467/2017.

2.4.1 Autonomia Privada Individual *versus* Coletiva

A autonomia privada individual na seara trabalhista se faz presente na relação entre empregado em empregador, no contexto de um contrato individual de trabalho. A autonomia privada coletiva, por outro lado, se verifica no âmbito coletivo das relações laborais, mais especificamente na realização de negociação coletiva⁵⁰.

⁴⁷ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no código civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). **10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 308-323. p. 312.

⁴⁸ HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial extensão e limites na perspectiva civil constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra. p. 121.

⁴⁹ PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 176-187, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07>>. Acesso em 23 out. 2018. p. 185.

⁵⁰ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 32.

Acerca da comparação entre autonomia individual e coletiva, Francesco Santoro-Passarelli estabelece haver diferenças entre elas tanto em relação aos fins quanto à estrutura que comportam⁵¹.

Quanto aos fins, a autonomia individual tem por objetivo satisfazer o interesse individual, concernente ao particular individualmente considerado, enquanto a autonomia coletiva visa atender interesse coletivo, ou seja, de um grupo. Já em relação à estrutura, os limites da autonomia, tanto internos quanto externos, são dados pelo grau de relevância dos interesses envolvidos, que podem ser individuais, coletivos ou públicos⁵².

A autonomia privada individual, pode ser fonte de “instauração de normas que são negociais mas individuais, válidas apenas para os dois sujeitos do vínculo. A dimensão normativa das relações coletivas é ampla, a das relações individuais é restrita, sendo diferentes as esferas em que se projetarão”⁵³.

Já em relação à autonomia privada coletiva, existem duas concepções, sendo uma restrita e a outra ampla. Segundo a primeira, tal espécie de autonomia privada se traduz no “poder conferido aos representantes institucionais dos grupos sociais de trabalhadores e empregadores de criar vínculos jurídicos regulamentadores das relações de trabalho”. Já para a segunda, que teria maior abrangência, ela seria “o princípio que fundamenta não só a negociação coletiva, mas também a liberdade sindical e a autotutela dos trabalhadores, sendo, sob essa visão, tríplice, portanto, a sua dimensão”⁵⁴.

A questão dos limites da autonomia privada individual em matéria de direito do trabalho ganha nova roupagem com a Lei nº 13.467/2017, que amplia significativamente suas possibilidades.

⁵¹ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. Autonomia collettiva. In: _____. **Saggi di diritto civile**. Napoli: Eugenio Jovene, 1961. v. 1, p. 261-262. Apud SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 141.

⁵² ZANOBINI, Guido. Autonomia pubblica e privata. In: _____. **Scritti vari di diritto pubblico**. Milano: Giuffrè, 1955. p. 392. SILVA. Apud Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 141-142.

⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.264.

⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 388.

A análise feita acerca da autonomia privada individual em momento prévio à edição da reforma trabalhista sinaliza que tal instituto no direito do trabalho é mitigado, tendo em vista o princípio da proteção, norteador do direito do trabalho⁵⁵.

No entanto, seria admissível uma plena liberdade de negociação nas hipóteses em que as partes estivessem em condições de igualdade, o que não se verifica na prática. Isso se verifica em razão do constante desrespeito aos direitos fundamentais, em especial no contexto do contrato individual do trabalho. Sendo assim, os princípios basilares do direito do trabalho impõem limitações a essa autonomia privada individual, já que uma liberdade negocial plena é capaz de atingir o princípio da proteção ou os direitos fundamentais dos trabalhadores, assegurados na Carta Magna⁵⁶.

Dada a natureza desigual da relação entre empregado e empregador, é necessário que se tenha todo um sistema de proteção da parte mais vulnerável, com a finalidade de equilibrar essa relação⁵⁷.

É nesse sentido que se estabelece graus distintos de liberdade negocial em sede de contrato individual de trabalho. Nas relações típicas de trabalho, marcadas pelo notável desequilíbrio entre as partes, o grau de liberdade de negociação é fraco, sendo quase inexistente. Já nas relações suficientemente equilibradas, há alguma possibilidade de negociação, onde alguns direitos podem ser negociados e outros não, havendo um grau médio de liberdade negocial, devendo ser analisado caso a caso. No caso de empregados altamente especializados e celebridades, onde se verifique um forte equilíbrio contratual, é possível uma ampla liberdade para negociação, sendo esta a de grau alto⁵⁸

⁵⁵ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 35.

⁵⁶ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 35.

⁵⁷ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 36.

⁵⁸ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em

Em relação ao mais elevado grau de autonomia privada, vale ressaltar que não pode ser utilizada com a finalidade de se atingir os princípios protetivos que compõem o direito do trabalho, sob pena de ser invalidada tal negociação, ante o uso abusivo da negociação⁵⁹.

Com a Lei nº 13.467/2017 foram incluídos os arts. 484-A, 444, parágrafo único, e 855-B e seguintes à CLT, que tratam da autonomia privada individual.

O art. 484-A, da CLT trata da extinção do contrato de trabalho por acordo entre o empregado e o empregador, de forma que as verbas devidas em razão do acordo de rescisão são inferiores à da dispensa sem justa causa. Tal artigo foi incluído sob a justificativa de que tal negociação beneficiaria ambas as partes caso desejassem encerrar a relação de trabalho, o que ocorria muito mesmo antes da reforma.

Em relação ao art. 444, parágrafo único, da CLT, ele traz a possibilidade de o trabalhador que é portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social realizar negociação com seu empregador nos mesmos moldes do art. 611-A, da CLT, aplicável às negociações coletivas.

Em seu art. 855-B e seguintes, da CLT consta a previsão do processo de homologação de acordo extrajudicial, que deve ter início através de petição conjunta, não devendo as partes estarem representadas por advogado comum. Em suma, com os mencionados artigos o legislador institucionalizou a lide simulada, prática recorrente na Justiça do Trabalho.

2.4.2 Interesse Coletivo e Formação da Vontade Coletiva

Tradicionalmente se fala de dois ramos do direito, são eles o público e o privado. Atualmente é utilizada tão-somente para fins de classificação, vez que é considerada arbitrária e até mesmo sem fundamentação suficiente⁶⁰.

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 36-42.

⁵⁹ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 43.

⁶⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 73.

A dicotomia entre o direito público e privado ganha forças no Estado Liberal, com a finalidade de reduzir abusos do absolutismo através da máxima delimitação dos espaços de intervenção do Estado e espaços de atuação do particular. Com o surgimento do Estado de Bem-Estar Social e novos ramos do direito que passaram a ser reconhecidos, a exemplo do direito do trabalho e do direito ambiental, fica mais difícil sustentar tal distinção. No entanto, com o Estado Moderno volta a ganhar forças a mencionada diferenciação, tendo em vista a ascensão da burguesia e a divisão entre Estado e sociedade civil⁶¹.

A fim de justificar a existência das mencionadas categorias, distingue-se o direito público e o privado em razão dos interesses tutelados. No primeiro seriam os interesses públicos, compreendido como o “interesse geral da sociedade”. Já no outro, estariam abarcados os “interesses individuais dos membros da sociedade” ou o “interesse particular do indivíduo”. Outro de vários critérios utilizados toma por base o sujeito de direito, ou seja, quando é sujeito o Estado ou a coletividade é direito público, já quando o sujeito é o particular, será direito privado⁶².

Acerca dos interesses coletivos, vale ressaltar que a Lei nº 8.078/1990 traz em seu art. 81, parágrafo único, inciso II, a definição dos interesses e direitos coletivos, compreendidos como “[...] os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Segundo Francesco Santoro-Passarelli, o interesse coletivo é “o de uma pluralidade de pessoas por um bem idôneo apto a satisfazer uma necessidade comum”⁶³.

Em razão da sua natureza, os interesses e direitos coletivos não podem sofrer apropriação individual, transmissão, seja ela por ato “*inter vivos*” ou “*mortis causa*”, assim como renúncia ou transação. Sua defesa em juízo é através da substituição processual e existe a possibilidade de haver mudança dos titulares coletivos da

⁶¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 73.

⁶² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 73-74.

⁶³ SANTORO-PASSARELLI, Francesco. **Nozioni di diritto del lavoro**. Napoli: Eugenio Jovene, 1960. p. 21. Apud SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 142.

relação jurídica de direitos material com certa informalidade, bastando apenas que se tenha a adesão ou a exclusão do indivíduo à relação jurídica-base⁶⁴.

Ademais, vale ressaltar que o interesse coletivo não é público, e sim privado. Caso fosse público, os sindicatos seriam pessoas jurídicas de direito público, o que não é possível na atual ordem jurídica⁶⁵.

Em relação à formação da vontade coletiva, o Estado nacional exerce um importante papel no seu desenvolvimento. Isso porque ele funciona como mecanismo de domesticação dos sentimentos coletivos, unindo o povo e a nação⁶⁶.

Na origem do Estado moderno estava o povo, seja através de um contrato ou de outros modos de formação da vontade coletiva. A nação foi criada por meio de dois processos, sendo eles o pertencimento e a vinculação. Como resultado tem-se “a construção de uma identidade coletiva que se manifesta como a ideia de um ego capaz de ter ou expressar uma vontade coletiva” e que possibilita a superação de interesses particulares⁶⁷.

Em uma análise comparativa das identidades *versus* interesses, as primeiras estabelecem limites em relação ao mundo exterior, excluindo os demais. Em contrapartida, os interesses levam a estratégias mais inclusivas através de um cálculo racional. As identidades estabelecem as fronteiras de um espaço onde estarão incluídos os interesses. Estes, por seu lado, “rompem fronteiras, ligando as pessoas como indivíduos que seguem suas estruturas de preferências e transgridem as obrigações e as normas coletivamente compartilhadas”⁶⁸.

Com a dissociação da nação do Estado, surgem novas identidades coletivas paralelas às nacionais. Tal dissociação gerou o “desacoplamento entre o ser cidadão e o sentimento de identidade coletiva”. É possível que um indivíduo

⁶⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 11, p. 177-192, 1996. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69745/39291>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 179.

⁶⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 51-52.

⁶⁶ EDER, Klaus. Identidades coletivas e mobilização de identidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 53, p. 5-18, out. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18075>>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 5.

⁶⁷ EDER, Klaus. Identidades coletivas e mobilização de identidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 53, p. 5-18, out. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18075>>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 6-7.

⁶⁸ EDER, Klaus. Identidades coletivas e mobilização de identidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 53, p. 5-18, out. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18075>>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 7.

pertença formalmente a um Estado e, mesmo assim, se sinta parte uma comunidade cujas fronteiras não necessariamente sejam as mesmas do Estado⁶⁹.

A formação da vontade coletiva pressupõe, em certa medida a cooperação dos envolvidos. Ao concordar em cooperar, o indivíduo reprime, em parte, sua inteligência e sua própria subjetividade⁷⁰.

Isso se evidencia, por exemplo, nos acordos celebrados entre trabalhadores e empregadores. Tais acordos têm dois objetivos. O primeiro se refere a eficácia e qualidade do trabalho, enquanto o outro corresponde a um objetivo social⁷¹.

É possível que se tenha compromissos racionais entre a subjetividade de cada um e ações coletivas. No caso dos conflitos trabalhistas, é através da mobilização dos trabalhadores que “a organização real do trabalho evolui e se adapta, em função da composição do coletivo e da transformação material do processo do trabalho”⁷².

A vontade coletiva é um importante elemento da autonomia privada coletiva, sendo inclusive o fundamento desta. Deve ser observada a vontade coletiva, sob pena de invalidade de eventual negócio jurídico

2.4.3 Natureza e Função no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Acerca da natureza da autonomia coletiva no ordenamento jurídico, com o advento de uma legislação “protetora” e que regulava da vida sindical, o movimento operário foi fortemente atingido. Isso porque a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT atribuía ao Estado o papel central de fonte do direito do trabalho, restando aos sindicatos um papel coadjuvante. Mesmo com a queda do Estado Novo os sindicatos permaneceram fortemente controlados pelo Estado⁷³.

⁶⁹ EDER, Klaus. Identidades coletivas e mobilização de identidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 53, p. 5-18, out. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18075>>. Acesso em: 15 nov. 2018. p. 8.

⁷⁰ DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 27-34, set./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.prod.org.br/files/v14n3/v14n3a03.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018. p. 32.

⁷¹ DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 27-34, set./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.prod.org.br/files/v14n3/v14n3a03.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018. p. 32.

⁷² DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 27-34, set./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.prod.org.br/files/v14n3/v14n3a03.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018. p. 32-33.

⁷³ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática no direito do trabalho. **Verba Juris**. João Pessoa, a. 5, n. 5, p. 471-487, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14856/8411>>. Acesso em 18 nov. 2018. p. 474.

A autonomia privada coletiva tem por objetivo a melhoria das condições de vida dos trabalhadores. É nesse sentido a previsão art. 7º, *caput*, da Constituição Federal. No entanto, o próprio texto constitucional, nos incisos VI, XIII, XIV do mencionado artigo, abre margem para a flexibilização do direito do trabalho por meio da negociação coletiva⁷⁴.

Da autonomia coletiva se origina um importante setor do direito do trabalho, ainda que não seja toda a fonte deste. Ela não é capaz de criar lei, mas pode, todavia, criar norma jurídica, de forma que há um direito positivo do trabalho decorrente da atuação das entidades sindicais⁷⁵.

O direito do trabalho não se resume apenas às leis elaboradas pelo Estado, de forma que o mencionado ramo do Direito é explicado pelo pluralismo jurídico⁷⁶, que dispõe que o ordenamento jurídico é composto não só de uma pluralidade de normas como também de fontes normativas⁷⁷.

Nesse contexto, ganha relevância a discussão acerca da autonomia privada, seja ela individual ou coletiva, em face do Estado. Questiona-se se a autonomia privada é poder originário ou derivado em relação ao poder público⁷⁸.

De acordo com o entendimento de Luigi Ferri, ela se trata de poder derivado. Para o segundo autor, “o Estado determina negativamente o conteúdo das normas extra-estatais, ao subtrair à autonomia dos particulares certas matérias que reserva para sua própria atividade normativa”⁷⁹.

Segundo Salvatore Romano, por outro lado, se trata a autonomia privada de poder originário, de forma que “o reconhecimento do ordenamento privado pelo

⁷⁴ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática no direito do trabalho. **Verba Juris**. João Pessoa, a. 5, n. 5, p. 471-487, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14856/8411>>. Acesso em 18 nov. 2018. p. 473.

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 387.

⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 387.

⁷⁷ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 135.

⁷⁸ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 137.

⁷⁹ FERRI, Luigi. **L'autonomia privata**. Milano: Giuffrè. 1959. p. 7. Apud SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 138.

estatal se dá no sentido lógico do termo, ou seja, se reconhece o que já existe e para atribuir ulteriores efeitos”⁸⁰.

A autonomia privada coletiva pode ser um instrumento não só de ampliação de direitos, como também de redução destes, sendo capaz de criar normas de aplicação *erga omnes*.

⁸⁰ ROMANO, Salvatore. Autonomia privada (Appunti). In: Studi in onore di Francesco Messineo. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 352-354. Apud SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 138.

3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva é um importante elemento do direito coletivo trabalho. Através dela é possível que sejam criados não só direitos aos trabalhadores da respectiva categoria, como também é possível que sejam trazidas alterações que lhes sejam prejudiciais.

Com a reforma trabalhista e ampliação das possibilidades de celebrar cláusulas contratuais que reduzam direitos, passa a ser ainda mais importante a discussão da negociação coletiva, sua natureza, seus efeitos, seu conteúdo e sua vigência, proporcionando uma melhor compreensão das alterações trazidas pela reforma trabalhista em matéria de direito coletivo do trabalho, em especial a do art. 611-A, da CLT, por ela incluído.

3.1 CONCEITO E DENOMINAÇÃO

A negociação coletiva é uma das principais formas de solução de conflitos na sociedade contemporânea, encaixando-se no grupo dos instrumentos de autocomposição. Os demais grupos são a autotutela e a heterocomposição⁸¹.

Na autotutela o sujeito busca afirmar seu interesse, de forma unilateral, impondo-o à parte adversa e à sociedade⁸², de forma que greve é considerada um exemplo desta forma de solução de conflitos na seara trabalhista⁸³.

Já na heterocomposição, há a interferência de um agente exterior na busca da solução do conflito entre as partes. Esse terceiro será responsável por firmar a solução ou, pelo menos, instigar ou favorecer uma resposta ao conflito⁸⁴.

Por outro lado, ocorre a autocomposição quando as partes solucionam o conflito sem que ocorra a intervenção de terceiros. Ela pode se dá através da renúncia, aceitação, resignação ou submissão e transação. A negociação coletiva se

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.557.

⁸² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.557.

⁸³ MOTA, Paulo Henrique da. **Negociação coletiva de trabalho**: função social de empresa e valorização do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2016. p. 91.

⁸⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.557.

encaixa nesse último grupo, sendo também conhecida por “transação coletiva negociada”⁸⁵.

Os instrumentos-meios da negociação coletiva trabalhista são a mediação, a greve e a arbitragem, que são formas autocompositivas ou heterocompositivas de solução de conflitos. Já os instrumentos-fins são a convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho⁸⁶.

A convenção coletiva de trabalho é definida pelo art. 611, *caput*, da CLT, sendo compreendida como “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

O acordo coletivo de trabalho encontra sua definição no art. 611, § 1º, da CLT, que permite sua celebração entre o sindicato e uma ou mais empresas da mesma categoria econômica, “que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho”.

A denominação “contrato coletivo de trabalho” era atribuída à convenção coletiva de trabalho⁸⁷, tendo permanecido na Consolidação das Leis do Trabalho, em seu art. 59, até a entrada em vigor da Lei nº 13.467/2017.

Foi adotada a partir da Constituição de 1937, em seu art. 137, tendo sido mantida pelo Decreto-lei nº 5.452/1943 nos arts. 611 e 612 da redação original. Passou a ser utilizada a expressão “contrato” ao invés de “convenção” naquela época para ressaltar a natureza contratual do instituto⁸⁸.

Com o Decreto-lei nº 229/1967 adotou-se, em regra, a denominação convenção coletiva de trabalho e se instituiu o acordo coletivo de trabalho. Enquanto o termo “contrato” destacava a conotação civilista, o vocábulo “convenção” apontava para o efeito *erga omnes* de suas cláusulas, de forma que sua aplicação se estendia

⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.558.

⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.558.

⁸⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.393.

⁸⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.393-1.394.

a todos os membros da categoria, não se limitando apenas aos associados da entidade sindical⁸⁹.

O sindicato dos trabalhadores deve necessariamente participar das negociações coletivas, conforme previsão do art. 8º, VI, da Constituição Federal. No entanto, tal exigência não se aplica ao sindicato patronal na celebração de acordo coletivo de trabalho, vez que o empregador, por sua própria natureza, é um ser coletivo⁹⁰.

Compreende-se a negociação coletiva como um processo dialético onde as partes envolvidas debatem uma pauta de direitos e deveres de forma democrática e transparente, compreendendo matérias atinentes à relação trabalho-capital, em busca da concretização de um acordo a fim de que se alcance uma convivência pacífica⁹¹.

O fundamento da negociação coletiva é a reunião de forças dos trabalhadores com um objetivo em comum, isso porque o trabalhador considerado individualmente é vulnerável em face do poder político e econômico do patrão⁹². Ela é corolário da autonomia coletiva e sua manifestação concreta⁹³.

Para que ocorra um equilíbrio entre os poderes dos sindicatos e patronais e que se tenha uma negociação eficaz, é necessário que se tenha um sindicato que seja forte, independente e representativo⁹⁴.

A negociação coletiva é um importante instrumento de solução dos conflitos. Através dela criam-se normas que regem as relações jurídicas dos envolvidos. Ela ganha forças com o avanço da flexibilização das normas trabalhistas, como é o caso da alteração introduzida pela Lei nº 13.467/2017, que incluiu o art. 611-A a redação da Consolidação das Leis Trabalhistas.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.394.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 173.

⁹¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004. p. 90.

⁹² SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004. p. 90.

⁹³ IGREJA, Cristiane de Oliveira; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Gênero e direito: reflexões sobre o papel da negociação coletiva e do princípio da não discriminação na consecução da igualdade de oportunidades no mundo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 41, n. 166, p. 15-42, nov./dez. 2015. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98314>>. Acesso em 21 nov. 18. p. 32.

⁹⁴ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva**: teoria e prática jurisprudencial. São Paulo: LTr, 2004. p. 90.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

A discussão acerca da natureza jurídica dos instrumentos produzidos através da negociação coletiva é extensa, tendo sido formuladas diversas teorias para explicar a natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho.

Sua importância reside no fato de que, uma vez que se conhece a natureza jurídica diplomas coletivos negociados, ficam claros os efeitos jurídicos dos mesmos.

3.2.1 Teoria Contratualista

Através das teorias contratualistas, buscava-se encaixar a negociação coletiva nos modelos contratuais civilistas, tendo em vista o acordo de vontades que lhe era inerente⁹⁵. De acordo com a concepção contratualista sua aplicação seria no âmbito restrito daqueles que se obrigaram⁹⁶.

As teorias contratuais mais abordadas pela doutrina são: as teorias do mandato, da gestão de negócios, da estipulação em favor de terceiros, da personalidade moral fictícia e do contrato inominado.

Em relação à teoria do mandato, seus defensores alegavam que o sindicato, no momento da celebração da convenção coletiva, estava a representar os interesses dos seus membros em razão de um mandato decorrente da adesão ou da lei, que permitiria a defesa dos interesses da classe, representando-a no contrato⁹⁷.

As críticas feitas à referida teoria apontam a questão da falta de manifestação dos supostos mandantes, já que ela incidirá sobre indivíduos que não outorgaram mandato expresso ou até mesmo se recusaram a fazê-lo⁹⁸. Nesse sentido, não é razoável que o indivíduo outorgue poderes a alguém para que aja contra ele⁹⁹.

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.608.

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.383.

⁹⁷ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 995.

⁹⁸ COSTA, Dilvanir José da. A natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 25, n. 18, p. 358-394, mai. 1977. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/846/790>>. Acesso em: 24 nov. 2018. p. 384.

⁹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 995.

Segundo a teoria da gestão de negócios, o sindicato, por sua própria iniciativa, celebraria contratos em favor dos seus membros, que são atingidos pelos efeitos da convenção coletiva¹⁰⁰.

As objeções feitas à mencionada teoria se referem ao fato de que a referida modalidade contratual tem como objetivo vantagens pessoais, ao passo em que a convenção visa benefícios coletivos. Além disso, a gestão de negócios presume o silêncio da parte beneficiada, o que não se verifica na negociação coletiva, na medida em que não há unanimidade em relação às condições ajustadas¹⁰¹.

De acordo com a teoria da estipulação em favor de terceiros, o sindicato dos trabalhadores, na condição de estipulante, firma com o sindicato patronal, na posição de promitente, as condições contratuais abrangendo cláusulas em favor de terceiros, os associados do sindicato ou integrantes da categoria¹⁰².

A referida teoria não foi aceita, tendo em vista que os beneficiários das cláusulas estipuladas pelos sindicatos não podem ser considerados terceiros, já que integram a relação jurídica por intermédio dos diretores do sindicato. Ainda, a estipulação é geralmente em benefício de terceiro, no entanto, a convenção coletiva prevê simultaneamente direitos e deveres¹⁰³.

A teoria da personalidade moral e fictícia identifica os sindicatos com os seus associados, que seriam de fato os contratantes. Eles concordariam com uma convenção coletiva anteriormente celebrada em razão da sua inscrição no sindicato¹⁰⁴.

As contestações feitas à referida teoria, destacam que os sindicatos não podem ser considerados terceiros nem sequer pessoa fictícia e, além disso, que os interesses dos sindicatos são diversos daqueles dos seus associados, já que o do primeiro é de natureza coletiva, enquanto os dos demais são individuais, podendo não ser os mesmos de cada trabalhador¹⁰⁵.

Por fim, a teoria do contrato inominado engloba as teorias da personalidade moral e fictícia e do contrato complexo, que mescla a teoria do mandato e da

¹⁰⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 996.

¹⁰¹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 996.

¹⁰² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 995.

¹⁰³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 995.

¹⁰⁴ ABREU, Lília Leonor. **Da natureza jurídica do sindicato**. 1985. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. p. 79-80

¹⁰⁵ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 996-997.

estipulação em favor de terceiro. Nesse sentido, são aqui cabíveis as mesmas críticas formuladas em relação às mencionadas teorias¹⁰⁶.

As teorias contratualistas, de forma geral, deixam de considerar as especificidades dos instrumentos de negociação coletiva, como por exemplo sua natureza coletiva, buscando encaixá-los nos moldes de contratos civilistas, mesmo com grandes diferenças entre eles. Para além disso, busca destacar sua natureza contratual, deixando de lado o caráter normativo que possuem.

3.2.2 Teoria Extracontratual

As teorias extracontratuais, também conhecidas por teorias de transição, buscam se afastar dos contratos civilistas, enquadrando os institutos da negociação coletiva em modelos teóricos de caráter distinto, tanto no plano do Direito, quanto no da Sociologia¹⁰⁷.

As principais teorias extracontratuais trazidas pela doutrina são: do pacto social, da solidariedade necessária, do uso ou costume industrial e teoria da representação legal.

De acordo com a teoria do pacto social o indivíduo, ao ingressar para o sindicato, firma um pacto social, se subordinando à vontade coletiva no que se referir ao exercício profissional. Segundo a referida teoria, não há contrato entre empregado e empregador e tão-somente uma coincidência de interesses. Nesse sentido a convenção coletiva seria um ato-regra destinado a regulamentar as relações de trabalho¹⁰⁸.

No entanto, as críticas à dita teoria perpassam pela questão de que o simples ingresso ao sindicato não significa a concordância plena e irrestrita com as cláusulas da convenção coletiva¹⁰⁹.

Para a teoria da solidariedade necessária, a convenção tem por fundamento a solidariedade, havendo a subordinação da vontade do indivíduo à da maioria. A

¹⁰⁶ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 997.

¹⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.608.

¹⁰⁸ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 997.

¹⁰⁹ PIMPÃO, Hiroshê. **Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho**. 1940. Tese (Livres docência) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 60.

mencionada teoria confunde o interesse coletivo com o interesse da maioria, motivo pelo qual não foi aceita¹¹⁰.

Na teoria do uso e costume industrial, “se admite que a Convenção Coletiva de Trabalho se torne obrigatória a todos os membros de uma mesma associação profissional devido o uso industrial que se integra nas necessidades de cada Operário, tornando-se um *Costume*”¹¹¹.

As considerações feitas a essa teoria ressaltam que ela relaciona a convenção coletiva, importante instrumento de negociação coletiva, com os regulamentos de fábrica, produzidos unilateralmente e dotados de regras abusivas, onde efetivamente se concretizavam os usos e os costumes industriais. Nesse sentido, tal análise não traria nenhum progresso ao estudo da relação trabalho-capital¹¹².

Conforme a teoria da representação legal, semelhante à teoria do mandato, o poder de representação do sindicato advém de um princípio legal. Aplica-se a ela as mesmas objeções feitas para a teoria do mandato¹¹³.

Buscando deixar de lado a noção de que os instrumentos de negociação coletiva se encaixam nos moldes dos contratos civilistas, as teorias extracontratuais trazem outros fundamentos para explicá-los. No entanto, elas deixam de considerar as características próprias dos diplomas de negociação coletiva. Nesse sentido, afastando o caráter contratual dos instrumentos de negociação coletiva não é possível desenvolver adequadamente um raciocínio acerca da sua natureza jurídica.

3.2.3 Teoria Normativista

As teorias normativistas, também conhecidas por teorias jurídico-sociais, se tratam de formulações doutrinárias que frisam a função normativa dos diplomas coletivos negociados, deixando para trás a noção contratual¹¹⁴.

Entre as teorias normativistas mais discutidas estão a do objetivismo solidarista, do institucionalismo, normativa, da teoria regulamentar e a teoria da lei delegada.

¹¹⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 997.

¹¹¹ PIMPÃO, Hiroshê. **Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho**. 1940. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 55-56.

¹¹² PIMPÃO, Hiroshê. **Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho**. 1940. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. p. 56

¹¹³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 997.

¹¹⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.609.

Em relação à teoria do objetivismo solidarista, ela tem como principal expoente Léon Duguit que entende ser a solidariedade ou interdependência social, seja ela por necessidade ou utilidade, a base do Direito¹¹⁵.

Para o autor a convenção coletiva de trabalho, por ele denominada de convenção-lei é típica de ato-união, em relação a sua origem e de ato-regra em relação a seu efeito. A convenção seria considerada ato-regra, já que teria como objeto e efeito “criar situação jurídica, impessoal e objetiva”. O ato-união é para o Duguit uma espécie de ato jurídico plurilateral, que surge da “coincidência de vontades, mas para criar regra, norma de atividades, fazendo surgir um estatuto”¹¹⁶.

Segundo o doutrinador, a convenção não seria responsável pela criação de situação jurídica subjetiva. “É a lei em sentido material, pois cria direito objetivo, admissível, pois o Estado não tem o monopólio legislativo”¹¹⁷.

A teoria do institucionalismo considera o sindicato como instituição-grupo, ou seja, uma união de pessoas com um propósito comum. O diploma coletivo negociado seria uma instituição-regra externa, resultado da ação de dois ou mais sindicatos¹¹⁸. O indivíduo que integra essa instituição-grupo submete-se à disciplina da convenção coletiva como se norma jurídica fosse. No entanto, foi refutada a mencionada teoria tendo em vista que “a convenção não é norma interna da instituição, mas ato bilateral com efeitos externos”¹¹⁹.

Segundo a teoria normativa proposta por Hans Kelsen, a convenção coletiva se trata de um tipo de ato jurídico normativo. Todavia, sua teoria padece de equívocos na medida em que ela se origina da autonomia coletiva dos entes sindicais¹²⁰.

De acordo com a teoria regulamentar, “a convenção coletiva seria um regulamento interno da profissão, de direito público, como ocorre com a lei que é feita para a sociedade”. No entanto, tal teoria é alvo de críticas na medida em que se

¹¹⁵ CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 11, n. 42, p. 79-98, abr./jun. 1974. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180843>>. Acesso em: 03 dez. 2018. p. 91.

¹¹⁶ CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 11, n. 42, p. 79-98, abr./jun. 1974. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180843>>. Acesso em: 03 dez. 2018. p. 92.

¹¹⁷ CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 11, n. 42, p. 79-98, abr./jun. 1974. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180843>>. Acesso em: 03 dez. 2018. p. 91-92.

¹¹⁸ CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 11, n. 42, p. 79-98, abr./jun. 1974. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180843>>. Acesso em: 03 dez. 2018. p. 93.

¹¹⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 998.

¹²⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 998.

entendem ser possível incluir a convenção coletiva no âmbito do direito público, já que produzida por particulares, estando incluída, portanto, no âmbito do direito privado¹²¹.

Por último, em relação à teoria da lei delegada, a constituição delegaria ao sindicato a prerrogativa de legislar em âmbito infraconstitucional¹²². No entanto, não pode se considerar a convenção coletiva como lei delegada pelo Estado, já que o ente sindical não pode elaborar leis, vez que são de competência do Poder Legislativo¹²³.

Nas diversas teorias normativas trazidas acima, deixa-se de considerar o elemento negocial das convenções coletivas, trazendo o enfoque apenas para o caráter normativo e rejeitando o caráter contratual da convenção coletiva. Nesse sentido, as referidas teorias recaem nos mesmos equívocos das teorias contratualistas, motivo pelo qual foram rejeitadas.

3.2.4 Teoria Mista

A teoria que melhor explica a natureza jurídica dos diplomas negociados coletivos é a teoria mista, que busca mesclar as teorias contratualistas com as normativistas, enfatizando a dupla natureza dos referidos instrumentos¹²⁴.

A teoria mista não se traduz em uma simples soma de elementos distintos que não se complementam¹²⁵. Em verdade, possui dupla natureza, ou seja, são contratuais no que se refere a sua celebração e, ainda, são regulamentares em relação aos seus efeitos, alcançando não só os signatários, como também outras pessoas¹²⁶.

Nesse sentido, os diplomas coletivos negociados podem ser compreendidos como “normas jurídicas de natureza econômico-profissional”¹²⁷. Se tratam de negócios jurídicos celebrados por particulares, “cujo caráter é social, coletivo, e não

¹²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 816.

¹²² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 998.

¹²³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 816.

¹²⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 816.

¹²⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.610.

¹²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.383-1.384.

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 1.384.

meramente individual”, que tem aptidão de produzir regras jurídicas, “e não meras cláusulas obrigacionais, como próprio aos demais negócios jurídicos privados”¹²⁸.

A análise da natureza jurídica dos instrumentos de negociação coletiva passou por diversas teorias que de modo geral deixam de considerar todas as especificidades de tais instrumentos. Dentre as teorias formuladas, a teoria mista é a que melhor analisa a natureza jurídica dos diplomas coletivos negociados, assim como seus efeitos jurídicos.

3.3 LEGITIMAÇÃO PARA NEGOCIAÇÃO

Em relação aos empregados, os legitimados pelo ordenamento jurídico a celebrar a negociação coletiva são os sindicatos de categoria profissional¹²⁹. Ressalta-se que a possibilidade de celebrar convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho se trata de uma prerrogativa do sindicato¹³⁰.

Nesse sentido, o art. 8º, VI, da Constituição Federal prevê a obrigatoriedade de participação do sindicato da negociação coletiva.

Já no caso de categorias que não são organizadas em sindicatos, a legitimidade para realizar a negociação coletiva recai sobre as federações e, se não existirem, sobre a confederação correspondente, conforme previsão do art. 611, § 2º, da CLT¹³¹.

No entanto, havendo sindicato da categoria na correspondente base territorial, a federação e a confederação não terão legitimidade ativa para celebrar diploma coletivo negociado¹³².

As centrais sindicais, em contrapartida, não são dotadas de legitimidade ativa para realização de negociação coletiva, ante a ausência de expressa previsão nesse sentido¹³³. É definida pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 11.648/2008, como “[...] entidade associativa de direito privado composta por organizações sindicais de trabalhadores”.

¹²⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.607.

¹²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.574-1.575.

¹³⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 979.

¹³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.575.

¹³² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 979.

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.575-1.576.

Diante do exposto, resta evidente a importância do sindicato para a realização de negociação coletiva no ordenamento jurídico pátrio. Possui papel de destaque no momento da celebração de diplomas coletivos negociados, que são capazes de gerar não só novos direitos aos trabalhadores da categoria, como também lhes trazer prejuízos, tendo em vista o art. 611-A, da CLT, incluído pela Lei nº 13.467/2017.

3.4 CONTEÚDO E REQUISITOS

O conteúdo obrigatório das convenções e acordos encontra previsão no art. 613, da CLT, que corresponderia aos “requisitos extrínsecos relativos à forma exigida para a validade do negócio jurídico que a lei impõe, por se tratar de negócio solene”¹³⁴.

De acordo com o referido artigo, deve obrigatoriamente constar nos instrumentos coletivos negociados: a designação dos sindicatos convenientes ou dos sindicatos e empresas acordantes; prazo de vigência; categorias ou classes abrangidas pelos referidos dispositivos; condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; normas para a conciliação das divergências surgidas entre os convenientes por motivos de aplicação dos seus dispositivos; direitos e deveres dos empregados e empresas; e, por fim, penalidades para os sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos.

Ademais, poderá ser incluído em suas cláusulas disposição sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação, nos lucros, na forma do art. 621, da CLT.

As cláusulas dos instrumentos de negociação coletiva poderão ser de natureza obrigacional ou normativa. As cláusulas obrigacionais atribuem encargos aos sindicatos pactuantes, enquanto as normativas atingem os trabalhadores representados pelo sindicato, inclusive com reflexos em seus contratos de trabalho¹³⁵.

¹³⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 1.000.

¹³⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 818-819.

Se subdividem as cláusulas obrigacionais em típicas e atípicas, de forma que as típicas “correspondem aos deveres de paz e de influência”. Já no que se refere às atípicas, elas são “mecanismos de administração da convenção coletiva”.

Ainda, o parágrafo único do art. 613, da CLT, prevê os instrumentos de negociação coletiva devem ser celebrados por escrito, sem emendas e nem rasuras, em tantas vias quantos forem os sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro.

Os diplomas coletivos negociados se tratam de instrumentos formais e solenes, que devem ser necessariamente por escrito, bem como amplamente divulgados¹³⁶.

Ainda que não se admita que os procedimentos estabelecidos na CLT para a celebração de convenção ou acordo não tenham sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, não poderá ser considerada como válida a negociação coletiva que não atenda “requisitos e formalidades *consistentes* fixadas no estatuto sindical (convocação ampla, pauta publicizada, quórum razoável para instalação e deliberação assemblear, lançamento a termo escrito das regras e cláusulas estipuladas, etc.)”¹³⁷.

Nesse sentido, de acordo com a previsão constante no art. 612, da CLT, para a celebração de convenções ou acordos coletivos de trabalho, deverá haver deliberação em Assembleia Geral especialmente convocada para esse fim, que deverá ter um quórum mínimo de comparecimento dos associados na primeira e segunda convocação.

O Tribunal Superior do Trabalho admitia a imposição do quórum constante no art. 612, da CLT, nos termos das Orientações Jurisprudenciais nº 13 e 21 da Seção de Dissídios Coletivos, inseridas em 27/03/1998 e 25/05/1998, respectivamente. No entanto, ambas foram canceladas em 2003, de forma que prevalecerá o quórum fixado no estatuto sindical¹³⁸.

De acordo com o *caput* do art. 614, da CLT, os sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, em conjunto ou em separado, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da convenção ou acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no órgão correspondente do Ministério do Trabalho.

¹³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.578.

¹³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.578.

¹³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.579.

Deverá, ainda, ser afixado nas sedes dos sindicatos e empresas abrangidas pelo instrumento de negociação coletiva celebrado, conforme § 2º do mesmo artigo¹³⁹.

De acordo com o art. 8º, I, da Constituição Federal, é vedado ao Poder Público a interferência e intervenção na organização sindical, de forma que as normas da Consolidação das Leis Trabalhistas devem ser lidas à luz da Carta Magna.

Nesse sentido, dado o caráter contratual e normativo dos diplomas coletivos negociados, é necessário a imposição de critérios e requisitos mínimos para sua elaboração a fim de assegurar a máxima observância ao interesse coletivo da categoria.

3.5 VIGÊNCIA E EFICÁCIA TEMPORAL DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS

De acordo com a previsão do art. 614, § 1º, da CLT, as convenções e acordos entram em vigor 3 (três) dias após a data do depósito destes no órgão competente. No entanto, tal previsão não foi recepcionada pela Constituição Federal, tendo por base a disposição do art. 8º, I, da Carta Magna¹⁴⁰.

Mesmo que se considere ser obrigatória a entrega dos diplomas coletivos negociados, “ele preserva seu caráter de *documento comum às partes* (sejam as partes coletivas, sejam apenas empregado e empregador, individualmente considerados)¹⁴¹.”

Antes da entrada em vigor da reforma trabalhista, a legislação ao tratar da duração da convenção ou acordo coletivo previa apenas que estes instrumentos coletivos não poderiam ser estipulados com duração superior a 2 (dois) anos, conforme redação do art. 614, § 3º, dada pelo Decreto-lei nº 229/1967.

A Lei nº 13.467/2017 alterou a redação do referido artigo, mantendo o limite temporal da antiga redação e prevendo ser vedada a ultratividade, nos seguintes termos: “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

¹³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.579.

¹⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 824.

¹⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.580.

A ultratividade¹⁴² “consiste no reconhecimento de situações em que, esgotado o prazo previsto de vigência da norma, esta deve continuar a produzir efeitos, até que outra posterior determine sua cessação”¹⁴³.

Acerca da ultratividade e da capacidade das cláusulas normativas de aderirem ou não aos contratos de trabalho, mesmo após cessada a sua vigência, as discussões teóricas prévias à reforma traziam três teorias, são elas: a da aderência irrestrita (ultratividade plena), a da aderência limitada pelo prazo (sem ultratividade) e, por fim, a da aderência limitada por revogação (ultratividade relativa)¹⁴⁴.

Os fundamentos utilizados pelos defensores da teoria da ultratividade plena foram os seguintes: de impossibilidade de alteração prejudicial das condições de trabalho, tendo em vista o art. 468, da CLT; do caráter normativo da convenção coletiva, com base no art. 611, *caput*, da CLT; e, ainda, que as cláusulas do contrato individual não poderiam contrariar instrumento de negociação coletiva, com fulcro no art. 619, da CLT¹⁴⁵.

Já os que não defendem a aplicação da ultratividade argumentavam que as cláusulas normativas teriam prazo certo de vigência, com base na antiga redação do art. 614, § 3º, da CLT, assim como no art. 613, II e IV, do mesmo diploma legal, que permanece inalterado¹⁴⁶.

Pela teoria da ultratividade relativa, as cláusulas normativas da convenção coletiva “vigorariam até que novo diploma negocial coletivo os revogasse”. Tal revogação poderia ser expressa ou tácita, que ocorreria, por exemplo, quando a nova convenção regulasse o conjunto da matéria, deixando de trazer regras da convenção ou acordo anterior, “independentemente de haver efetiva

¹⁴² Não há uma unanimidade em relação a expressão que deve ser utilizada, ou seja, se o correto seria ultratividade ou ultra-atividade, de forma que se optou neste trabalho pelo uso da primeira, que é a que consta na atual legislação trabalhista. No entanto, alguns autores como Rodolfo Pamplona e Roberto Pessoa (2010, p. 98), assim como Sérgio Pinto Martins (2009, p. 819), adotam o último vocábulo.

¹⁴³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PESSOA, Roberto. A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 14, p. 97-107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7633/6729>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

¹⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.591-1.592.

¹⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 820.

¹⁴⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 820.

incompatibilidade entre dispositivos novos e antigos; ocorreria também se despontasse incompatibilidade entre os preceitos confrontados”¹⁴⁷.

A teoria da aderência limitada por revogação encontraria seu fundamento em previsão do § 2º do art. 114 da Constituição Federal que prevê, em relação ao dissídio coletivo, que o poder judiciário trabalhista deve observar as previsões mínimas legais de proteção do trabalho e aquelas disposições anteriormente convencionadas.

O Enunciado da Súmula nº 277, do TST em sua redação original, de março de 1988, recusava a ultratividade, no entanto sua redação foi alterada em setembro de 2012, passando a ser adotada a teoria da ultratividade relativa. Sua aplicação foi suspensa liminarmente em outubro de 2016 na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 323/DF, através de decisão do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, que determinou a suspensão dos processos e dos efeitos das decisões no âmbito da Justiça do Trabalho que discutissem a ultratividade de cláusulas da convenção coletiva.

Com a reforma trabalhista a ultratividade passa a ser disciplinada na legislação trabalhista em sentido contrário à construção que foi feita no Tribunal Superior do Trabalho. Vale ressaltar que essa não é a única alteração trazida pela reforma que atinge expressamente alguma matéria que o TST teria proferido entendimento em sentido contrário. O mesmo ocorre por exemplo com a inclusão do § 3º do art. 843, da CLT, que prevê que o preposto não precisa ser empregado da parte reclamada, em sentido contrário ao Enunciado da Súmula nº 277, do TST.

¹⁴⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.592.

4 A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO LEGISLADO: UMA ANÁLISE DO ART. 611-A, CLT

A reforma trabalhista instituiu a prevalência do negociado sobre o legislado, nos termos do art. 611-A, da CLT. Tal norma impacta não só os princípios basilares do direito do trabalho como também toda a sistemática da hierarquia das normas do direito do trabalho.

4.1 HIERARQUIA DAS NORMAS NO DIREITO DO TRABALHO E A NORMA MAIS FAVORÁVEL

A hierarquia entre as normas consiste em uma norma inferior guardar seu fundamento em uma que lhe seja superior. Caso a norma inferior for contrária a que lhe dá fundamento, ela não pode ser considerada válida¹⁴⁸.

O art. 619, da CLT dispõe que previsões do contrato individual de trabalho contrárias a diplomas coletivos negociados não prevalecerão. Nesse sentido, está o contrato individual de trabalho está em posição hierárquica de inferioridade em relação à convenção ou acordo. O art. 623, da CLT estabelece que não será válido acordo ou convenção coletiva de trabalho que se oponha à política salarial governamental, de forma que podem ser consideradas hierarquicamente inferiores à lei¹⁴⁹.

De acordo com o art. 9º, da CLT, serão considerados nulos de pleno direito os atos praticados com a intenção de fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação, de forma que é possível considerar a lei como principal fonte do Direito do Trabalho¹⁵⁰.

A Constituição é fundamento de validade da Consolidação das Leis do Trabalho. Considera-se, no entanto, que a norma mais favorável ao trabalhador é o fundamento máximo das demais normas trabalhistas¹⁵¹.

No mais, pode-se afirmar que a prevalência da norma mais favorável é decorrente do princípio da proteção, norteador do Direito do Trabalho, tendo em

¹⁴⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 43.

¹⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 44.

¹⁵⁰ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 102.

¹⁵¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 44.

vista as disposições do art. 7º, *caput*, da Constituição Federal e arts. 444 e 468, ambos da CLT¹⁵².

Vale acrescentar que o seu fundamento está na interpretação sistemática das normas que integram o ordenamento jurídico e no reconhecimento pela Constituição Federal das convenções e acordos coletivos, conforme art. 7º, XXVI, da CF¹⁵³.

A aplicação da norma mais favorável não viola a de categoria superior, já que estão sendo respeitados os limites por ela estabelecidos. “A lei atua como norma mínima superável, e a convenção coletiva é uma maneira de aprimorá-la, a menos que haja uma lei de interesse público que contrarie a regra mais favorável, como se infere do art. 623 da CLT”.

A reforma trabalhista altera a redação do art. 620, da CLT, que dispõe que os acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão em relação à convenção, de forma que estas últimas passam a ocupar posição inferior em relação a outra. A antiga redação estabelecia que prevaleceria a norma mais favorável.

Outra regra que altera o sistema de hierarquia entre as normas trabalhistas é a do art. 611-A, que expressamente prevê a prevalência dos instrumentos de negociação coletiva em face da legislação em hipóteses trazidas pela lei.

Para que se analise qual norma é a mais benéfica, pode ser adotada a teoria da acumulação ou atomização, a teoria do conglobamento e a teoria do conglobamento parcial, orgânico ou por institutos¹⁵⁴.

Segundo a teoria da acumulação o trabalhador usufruirá do estatuto mais benéfico, mesmo que seja necessário fragmentar as suas previsões, utilizando preceitos e institutos de normas distintas. A teoria do conglobamento adota tão-somente o regulamento que, de forma geral, for entendido como mais favorável¹⁵⁵. Por fim, na última teoria, os conjuntos normativos são assimilados por um todo, sendo considerado um mesmo tema, e, após uma análise comparativa, é determinado o conjunto normativo mais vantajoso¹⁵⁶.

Acerca desse confronto entre normas trabalhistas, a Lei nº 7.064/82, que regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus

¹⁵² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 103.

¹⁵³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 521.

¹⁵⁴ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 103.

¹⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 525.

¹⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017. p. 1.587.

empregadores para prestar serviço no exterior adota a teoria do conglobamento por institutos, conforme art. 3º, II, do referido dispositivo.

A prevalência da norma mais favorável é uma particularidade histórica do direito do trabalho. A reforma trabalhista traz diversas disposições que atacam tal norma, gerando uma incompatibilidade das alterações da Lei nº 13.467/2017 com outras normas do ordenamento jurídico pátrio.

4.2 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA EDIÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA

Não há como discutir as alterações trazidas pela reforma trabalhista sem abordar todo o contexto que levou a sua aprovação, desde o discurso utilizado até os procedimentos adotados durante sua tramitação. Esse debate contribui para a análise da relação do art. 611-A, da CLT com a sistemática do direito do trabalho, que foi profundamente afetado com a Lei nº 13.467/2017.

4.2.1 Contexto Histórico e Críticas

A reforma trabalhista envolve uma disputa política, de interesses de classe e até mesmo de semântica, já que seriam atribuídas diversas significações à palavra “modernização”¹⁵⁷. Essa expressão foi amplamente utilizada pelos defensores da reforma, que argumentavam que a legislação estaria defasada¹⁵⁸.

De acordo com aqueles que argumentam em favor da reforma, as normas trabalhistas seriam anacrônicas e “engessariam” o mercado de trabalho. Sustentam que a legislação teria que perder sua rigidez excessiva, para assim se tornar mais ágil e flexível¹⁵⁹.

Ainda em relação ao discurso veiculado para embasar a reforma trabalhista, há alguns termos frequentes, vagos e imprecisos, utilizados de forma a mascarar os reais objetivos com a reforma, nesse sentido:

¹⁵⁷ TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. p. 40.

¹⁵⁸ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIA. **Modernização trabalhista: lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, panorama anterior e posterior à aprovação**. Brasília: CNI, 2017. p. 5.

¹⁵⁹ TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. p. 40-41.

Não por acaso, desregulamentação e/ou flexibilização das relações de trabalho se tornam palavras de ordem dessa reforma supostamente modernizadora. Esses termos, os mais frequentes nesse debate, são vagos e imprecisos o suficiente para ocultar seus reais objetivos: se possível, eliminar a lei; se não, reduzir o alcance e o tamanho da legislação¹⁶⁰.

Além desses fundamentos político-ideológicos da reforma, existem os fundamentos de ordem econômica, que, em síntese que há um "custo elevado do trabalho" e a "burocracia trabalhista". Os empresários buscam "uma regulamentação que possa ajustar rapidamente as relações de emprego às oscilações econômicas, de modo a elevar as margens de retorno e reduzir os custos do trabalho"¹⁶¹.

O Projeto de Lei nº 6.787/2016, que deu origem à Lei nº 13.467/2017 foi apresentado em 23 de dezembro de 2016. Após a realização de audiências públicas na Comissão Especial criada para analisar o mencionado projeto de lei, o deputado Rogério Marinho, relator, apresentou parecer em 12 de abril de 2017 com a "versão totalmente nova em relação ao texto original, estruturada na ideia do "livre encontro" das vontades individuais"¹⁶².

Após aprovação na Câmara dos Deputados, foi encaminhada para o Senado, se transformando no Projeto de Lei da Câmara nº 38/2017, que teve como relator o senador Ricardo Ferraço. Após rápida tramitação, sem que se promovesse o devido debate com a sociedade, foi aprovada pelo plenário do Senado, onde foram 50 (cinquenta) votos a favor, 26 (vinte e seis) contra e uma abstenção. Vale ressaltar que a votação só se iniciou após um protesto de senadoras que ocuparam a mesa do plenário por quase sete horas¹⁶³.

A reforma trabalhista traz alterações tanto em direito material quanto em direito processual do trabalho. Em matéria de direito coletivo do trabalho, ela traz relevantes alterações, que são incluídas sob o pretexto de modernizar a legislação trabalhista, são elas: a criação de uma comissão de empregados em empresas com mais de duzentos empregados (art. 510-A e seguintes, da CLT); o fim da

¹⁶⁰ TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. p. 41.

¹⁶¹ TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017. p. 48.

¹⁶² BIAVASCHI, Magda Barros. As reformas estruturantes em um país em que jagunços ainda têm vez: a reforma trabalhista que não cria empregos e suprime direitos. In: TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 183-194. p. 186.

¹⁶³ BIAVASCHI, Magda Barros. As reformas estruturantes em um país em que jagunços ainda têm vez: a reforma trabalhista que não cria empregos e suprime direitos. In: TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 183-194. p. 186.

contribuição sindical obrigatória (art. 579, da CLT); a prevalência do negociado em detrimento do legislado (art. 611-A, da CLT); a expressa vedação à ultratividade da norma coletiva negociada (art. 614, § 3º, da CLT); e, por fim, a primazia do acordo coletivo de trabalho em face da convenção coletiva de trabalho (art. 620, da CLT).

As alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 trazem incompatibilidades entre estas e a própria Consolidação das Leis do Trabalho, além de violar a Constituição Federal e princípios basilares do direito do trabalho, como por exemplo o princípio da proteção e o da prevalência da norma mais favorável. Além disso, a falta de debates e presença popular durante a tramitação do projeto que gerou a reforma trabalhista é elemento suficiente para questionar a adequação do processo legislativo que sofreu.

4.2.2 A Mudança de Paradigmas Laborais da Reforma

O Direito do Trabalho nasce das lutas sociais no contexto da revolução industrial, de forma que o Estado é pressionado para que institua mecanismos de compensação da assimetria que se cria entre empregado e empregador em razão do processo de acumulação capitalista. Nesse sentido, seu princípio base é o da proteção, de onde derivam os demais¹⁶⁴.

A flexibilização das normas trabalhistas atinge diversos princípios do direito do trabalho, estando incluídos o princípio da proteção, o *in dubio pro operário*, e o da norma mais favorável¹⁶⁵.

Busca-se superar uma crise econômica através da realização de negociação coletiva, de forma a se instituir uma ordem jurídica que se adapte às exigências do mercado, mesmo que seja em prejuízo do trabalhador. Utiliza-se inclusive a questão do desemprego para estimular a aceitação de suas pautas¹⁶⁶.

A flexibilização das normas trabalhistas é um fenômeno da pós-modernidade, estando fundada nas seguintes características:

¹⁶⁴BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930/1942**: a construção do sujeito de direitos trabalhistas. 2005. Dissertação (Doutorado em Economia Aplicada), Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. p. 67.

¹⁶⁵SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**. México, n. 1, p. 185-194, jul./dez. 2005. Disponível em < <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640256013> >. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 187.

¹⁶⁶RÜDIGER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Prim@ Facie**. João Pessoa, a. 3, n. 4, p. 29-57. Disponível em: < <http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4455> >. Acesso em 18 nov. 2018. p. 31.

1. insere-se no contexto da globalização e da descentralização produtiva; 2. contribui para a desintegração do corpo social; 3. decompõe seu fundamento axiológico, deslegitimando o princípio protetor; 4. sugere o consenso não como um fim, mas como um procedimento; e 5. age em nome da pragmática¹⁶⁷.

Nesse sentido, através das reformas trabalhistas é possível se vislumbrar uma nova política estatal que “de um lado promove a desconstrução de um sistema de proteção social e de outra parte, estimula a instituição de normas legais e de conduta que incentivam a concorrência e transfere para os trabalhadores os riscos inerentes ao trabalho”¹⁶⁸.

Nesse contexto de flexibilização das normas trabalhistas, o princípio protetor tem sido fortemente ameaçado. Com a finalidade de garantir a competitividade, a prevalência da norma mais favorável é deixada de lado, sob o fundamento de que a produtividade e o lucro também interessam ao trabalhador, que de forma constante é ameaçado pelo desemprego¹⁶⁹.

Tentam convencer os trabalhadores que seus direitos são um risco a sua existência. A promessa de solução do desemprego vem associada a um discurso de que a redução de direitos é imperiosa¹⁷⁰.

Com o discurso de modernização da legislação e de geração de novos empregos a reforma trabalhista é aprovada. Princípios basilares do direito do trabalho são atingidos com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.467/2017, o que põe em xeque não só tais princípios como também todo o direito do trabalho.

4.3 HIERARQUIA DAS FONTES E O ART. 611-A, CLT

¹⁶⁷ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Prim@ Facie**. João Pessoa, a. 3, n. 4, p. 29-57. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4455>>. Acesso em 18 nov. 2018. p. 43.

¹⁶⁸ ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. **Cadernos do CEAS**. Salvador/Recife, n. 242, p. 558-581, set./dez. 2017. Disponível em <<https://periodicos.ucesal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/401>>. Acesso em: 11 nov. 2018. p. 576.

¹⁶⁹ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Prim@ Facie**. João Pessoa, a. 3, n. 4, p. 29-57. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4455>>. Acesso em 18 nov. 2018. p. 46.

¹⁷⁰ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Prim@ Facie**. João Pessoa, a. 3, n. 4, p. 29-57. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4455>>. Acesso em 18 nov. 2018. p. 46.

O art. 611-A, da CLT é de certa forma incompatível com a estrutura da hierarquia das normas existente no direito do trabalho. A Consolidação das Leis do Trabalho após as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/2017 perde sua coerência interna, havendo fundamentos não só na Constituição como também na própria CLT capazes de trazer novas ponderações acerca da posição dessa norma no ordenamento jurídico pátrio.

4.3.1 A Necessária Intervenção do Estado para a Garantia dos Direitos Fundamentais

Inicialmente, faz-se necessária uma análise mais detida dos princípios e regras, a fim de melhor compreender os direitos fundamentais.

De acordo com Humberto Ávila, as regras e princípios podem ser definidos da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹⁷¹.

Para Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, de forma que podem ser satisfeitos em maior ou menor grau, de forma que sua satisfação depende de possibilidades jurídicas e fáticas¹⁷².

As regras, por outro lado, elas podem ser satisfeitas ou não. Elas contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. A distinção entre as regras e os princípios é qualitativa. Ambas são consideradas normas¹⁷³.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

¹⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 90.

¹⁷³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 91.

Os direitos fundamentais podem ser considerados “prerrogativas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”¹⁷⁴.

Eles são em verdade direito positivo com *status* de norma constitucional. A positividade é apenas um dos aspectos dos direitos fundamentais, de forma que eles também possuem uma dimensão ideal. Eles são direitos humanos que foram consagrados na Constituição¹⁷⁵. Nesse sentido:

A constitucionalização dos direitos do homem garante, pois, o seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais, juridicamente positivados e protegidos, posto que são suscetíveis de serem discutidos e efetivados perante o Judiciário¹⁷⁶.

Foi por muito tempo utilizada a expressão “direitos naturais” para tratar de direitos que eram inerentes à natureza do homem e sua função no mundo. Tal expressão estava relacionada ao jusnaturalismo e buscava atribuir um caráter universal aos direitos que até então eram admitidos pelas declarações de direitos¹⁷⁷.

Também sobre a influência do jusnaturalismo, a expressão “direitos do homem” ou direitos “humanos” busca destacar a dimensão de universalidade desses direitos, frequentemente associados às ideias das declarações de direitos¹⁷⁸.

Os princípios estão relacionados com todas as formas de direitos fundamentais, independentemente do seu caráter de regras ou princípios¹⁷⁹.

Trata-se de conceito recente na História, tendo sua primeira manifestação de relevância ocorrido nas revoluções ocorridas no fim do século XVIII, que absorveram os ideais de filósofos iluministas¹⁸⁰.

¹⁷⁴ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 11.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, a. 31, n. 9, p. 11-29, jan./abr. 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621584>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 24.

¹⁷⁶ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 145-146.

¹⁷⁷ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 145.

¹⁷⁸ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 145.

¹⁷⁹ ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, a. 31, n. 9, p. 11-29, jan./abr. 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621584>>. Acesso em: 05 nov. 2018. p. 26.

O que inicialmente era considerado como direitos fundamentais era significativamente mais restrito do que nos dias de hoje. Em síntese, se consideravam direitos fundamentais liberdades essencialmente individuais, a exemplo da liberdade de locomoção e de reunião, além de restrições ao Estado, que consistiam em liberdades civis e políticas. No entanto, tais direitos eram aplicáveis apenas a elites sociais, econômicas e políticas¹⁸¹.

Em relação à aplicação dos direitos fundamentais aos menos privilegiados, vale destacar que:

Desse modo, o conceito de direitos fundamentais somente adquiriu relevância e consistência – e seu prestígio cultural recente – com o advento da inovadora incorporação, em sua matriz, dos vastos segmentos socioeconômicos destituídos de riqueza que, pela primeira vez na História, passaram a ser sujeitos de importantes prerrogativas e vantagens jurídicas no plano da vida em sociedade¹⁸².

Essa mudança só vem a ocorrer a partir da segunda metade do século XIX, em especial no continente europeu¹⁸³.

A primeira geração de direitos fundamentais está inserida na primeira metade do século XIX, correspondendo aos direitos e liberdades de caráter individual, a exemplo da liberdade de expressão, o direito de propriedade e outros¹⁸⁴.

Já a segunda geração de direitos fundamentais, que surge na segunda metade do século XIX, se refere aos direitos de caráter coletivo, como o direito de reunião, de greve e outros¹⁸⁵.

Os direitos de terceira geração, que surgiram na primeira metade do século XX, se caracterizam por serem direitos que dependem de uma ação positiva do Estado

¹⁸⁰ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 12.

¹⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 12.

¹⁸² DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 12.

¹⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007. Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 12 nov. 2018. p. 12.

¹⁸⁴ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 146.

¹⁸⁵ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 146.

para se concretizarem, estando relacionados às questões de ordem social, como o direito ao trabalho e o direito à saúde¹⁸⁶.

No final do século XX surge uma quarta geração de direitos, que se relacionam com o progresso da ciência, como o direito à não manipulação genética¹⁸⁷.

Em relação à eficácia dos princípios, Humberto Ávila preceitua que estes possuem eficácia direta e indireta. A eficácia direta se perpetua por si só, sem a presença de outro princípio ou regra, enquanto os princípios que possuem a eficácia indireta necessitam de certa atuação, de certa intermediação de outro princípio, subprincípio ou regra¹⁸⁸.

No plano da eficácia direta os princípios há uma incorporação de elementos não previstos em subprincípios ou regras. É o que o autor denomina de “função integrativa”. Em contrapartida, no que se refere ao plano de eficácia indireta, os princípios exercem várias funções¹⁸⁹.

Dentro deste campo vasto de várias funções a primeira delas exercida pelos princípios de eficácia indireta seria a “*função definatória*”. Esta função teria o intuito de delimitar, de forma específica, o comando mais extenso definido pelo “*sobreprincípio axiologicamente superior*”. Em segundo lugar, tem-se a “*função interpretativa*”, servindo para restringir ou ampliar o sentido de normas construídas baseadas em textos normativos expressos. Por último, exercem esses princípios a “*função bloqueadora*”, que busca apartar elementos incompatíveis com o estado ideal de coisas a ser promovido¹⁹⁰.

Com a incorporação dos direitos humanos à Constituição, surge a preocupação com sua garantia. Nesse sentido, institui-se a “aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais”, a “determinação de imutabilidade dos direitos reconhecidos através dos limites impostos ao processo de reforma constitucional” e a “imposição de limites

¹⁸⁶ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 146.

¹⁸⁷ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 147.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 78-79.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 78-79.

¹⁹⁰ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 78-79.

concretos à possibilidade de restrição de direitos nos momentos de crise constitucional”¹⁹¹.

Dentre as funções jurídico-objetivas dos direitos fundamentais, a mais importante é a função de proteção, já que os “riscos aos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade ou não discriminação não se originam exclusivamente do poder do Estado”, que visa sanar a desigualdade material entre os integrantes da relação de trabalho¹⁹².

Os direitos fundamentais valem não só na relação indivíduo-Estado como também na relação trabalhador-empregador¹⁹³, encontrando-se vinculados tanto formalmente quanto em sentido material e formal aos direitos fundamentais. Isso porque “o núcleo essencial dos direitos fundamentais exige preservação”¹⁹⁴.

Em relação a atuação do Estado em face dos direitos fundamentais, vale destacar que o legislador deve observar os direitos fundamentais ao impor restrições a direitos fundamentais que sejam permitidas e também na conformação de direitos carentes de efetivação. Por sua vez, o Executivo deve estar vinculado a estes direitos em sua atuação, sempre atuando em prol da sua concretização. Por fim, o poder judiciário deve fazer valer os direitos fundamentais, no momento de sua aplicação e interpretação¹⁹⁵.

¹⁹¹ LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998. p. 148-149.

¹⁹² LEDUR, José Felipe. A constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 77, n. 3, p. 154-181, jul./set. 2011. Disponível em :<
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26996/008_ledur.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 164-165.

¹⁹³ LEDUR, José Felipe. A constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 77, n. 3, p. 154-181, jul./set. 2011. Disponível em :<
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26996/008_ledur.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 171-172.

¹⁹⁴ LEDUR, José Felipe. A constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 77, n. 3, p. 154-181, jul./set. 2011. Disponível em :<
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26996/008_ledur.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 168.

¹⁹⁵ LEDUR, José Felipe. A constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 77, n. 3, p. 154-181, jul./set. 2011. Disponível em :<
https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26996/008_ledur.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2018. p. 168-169.

Dessa forma, fica evidente o dever do Estado de garantia dos direitos fundamentais, mesmo diante de uma norma que já integra o ordenamento jurídico, vez que esta é incompatível com princípios norteadores do direito do trabalho.

4.3.2 O Art. 611-A, CLT à Luz do Princípio da Proteção, Norma Mais Favorável e Proibição ao Retrocesso Social

O princípio da proteção se subdivide em: o *in dubio pro operário*; o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; e, por fim, o da aplicação da condição mais benéfica ao trabalhador¹⁹⁶.

Esse primeiro preconiza a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador em caso de dúvida, não podendo, contudo, ser integralmente aplicado ao processo do trabalho¹⁹⁷.

Já em relação à aplicação da norma mais favorável, ela encontra seu fundamento no *caput* do art. 7º, da Constituição Federal, possuindo três principais aspectos, que tratam da elaboração de novas normas, sua hierarquia e sua interpretação¹⁹⁸.

No que diz respeito a elaboração de novas leis, elas devem ser mais benéficas ao trabalhador. Já no caso de conflito de entre normas, deverá ser aplicada a mais favorável ao trabalhador. Por fim, havendo várias normas a serem observadas, será aplicada a regra mais vantajosa¹⁹⁹.

A condição mais benéfica ao trabalhador funda-se no fato de que vantagens já conquistadas não podem ser modificadas para pior, tendo em vista a previsão do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, que trata do direito adquirido²⁰⁰.

O princípio da proibição do retrocesso social seria um limite às alterações legislativas que visem restringir direitos fundamentais. Ele impediria que um direito fundamental fosse alterado de forma a reduzir o significado que lhe foi atribuído por norma prévia, seja ela constitucional ou infraconstitucional. Esse princípio atua em

¹⁹⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.

¹⁹⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.

¹⁹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.

¹⁹⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.

²⁰⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.

conjunto com outros, como o da dignidade humana e o da segurança jurídica²⁰¹, não se confundindo com eles²⁰².

As justificativas desse princípio residem no repúdio pelo ordenamento jurídico de medidas que tragam um retrocesso, que ocorreria quando fossem ultrapassados um conjunto de limites expressos e implícitos firmados pelo ordenamento jurídico. Outro fundamento seria a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial²⁰³.

O princípio da proibição do retrocesso tem assumido uma posição de destaque, tanto na esfera constitucional, como também na esfera do direito internacional dos direitos humanos, funcionando como um instrumento contra o esfacelamento de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais²⁰⁴.

A discussão em torno desse princípio é tarefa permanente, com base na questão da concretização dos direitos fundamentais, devendo haver uma vigilância constante em relação a medidas que busquem restringir direitos. Está relacionado o dever de progressividade, ou seja, de promoção e desenvolvimento de direitos fundamentais, com a proibição do retrocesso²⁰⁵.

Nesse sentido, em relação à redução dos direitos fundamentais, vale ressaltar que:

²⁰¹ AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 24, n. 1, p. 90-100, 2010. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2146/1386>>. Acesso em: 10 nov. 2018. p. 96.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 2, n. 1, p. 769-820, 2013. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11333/2/Os_Direitos_Fundamentais_Sociais_e_a_Assim_Chamada_Proibicao_de_Retrocesso_Contribuindo_para_uma_Discussao.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018. p. 783

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 2, n. 1, p. 769-820, 2013. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11333/2/Os_Direitos_Fundamentais_Sociais_e_a_Assim_Chamada_Proibicao_de_Retrocesso_Contribuindo_para_uma_Discussao.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018. p. 781 e 785.

²⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 2, n. 1, p. 769-820, 2013. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11333/2/Os_Direitos_Fundamentais_Sociais_e_a_Assim_Chamada_Proibicao_de_Retrocesso_Contribuindo_para_uma_Discussao.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018., p. 788.

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 2, n. 1, p. 769-820, 2013. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11333/2/Os_Direitos_Fundamentais_Sociais_e_a_Assim_Chamada_Proibicao_de_Retrocesso_Contribuindo_para_uma_Discussao.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018. p. 790-791.

Retroceder na concretização do direito fundamental afetando-o naquilo que lhe é essencial equivale a derrogar o direito, o que, seja por expressa previsão constitucional (cláusulas pétreas), seja por uma interpretação sistemática do texto maior, resulta tão inconstitucional quanto suprimir o direito²⁰⁶.

O art. 611-A, da CLT dispõe que os instrumentos de negociação coletiva têm prevalência sobre a lei quando dispuserem matérias específicas, conforme se observa:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

Assim sendo, a reforma trabalhista autoriza que as convenções coletivas e os acordos coletivos de trabalho tenham status superior a lei quando dispuserem sobre matérias como jornada de trabalho, remuneração e trabalho em ambiente insalubre.

Vale destacar que no *caput* do mencionado artigo consta a expressão “entre outras”, o que aponta para o caráter exemplificativo do rol inserido no art. 611-A, da CLT²⁰⁷.

²⁰⁶ AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 24, n. 1, p. 90-100, 2010. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2146/1386>>. Acesso em: 10 nov. 2018. p. 97.

²⁰⁷ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.

O § 1º, do art. 611-A, da CLT dispõe que ao analisar a convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, observando a previsão do art. 104 da Lei no 10.406/2002 e balizará sua atuação pelo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Questiona-se, no entanto, o “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, na medida em que os princípios surgem da observação do comportamento social ou da lógica dos institutos ou ramos jurídicos e não por força de uma lei ordinária²⁰⁸.

O § 2º, do art. 611-A, da CLT estabelece que não é necessário que se estabeleçam contrapartidas recíprocas nesses diplomas coletivos negociados, contrapondo-se ao entendimento doutrinário de que um desfalque trabalhista deve ser necessariamente acompanhado por uma contrapartida²⁰⁹.

No parágrafo seguinte, em sentido contrário ao anterior, o legislador impõe a exigência de garantia do emprego quando forem pactuadas cláusulas que reduzam salário ou jornada. A crítica que se faz ao § 3º, do art. 611-A, da CLT é que ele não prevê um limite para a redução e nem para o prazo de duração da cláusula que ele trata²¹⁰.

Ainda tratando de contrapartidas, o § 4º, do art. 611-A, da CLT firma que na hipótese de uma cláusula prejudicial ser anulada, a compensatória também deverá ter o mesmo destino, sem repetição do indébito. Em relação ao dito parágrafo surge um problema de ordem prática que é o de que nem sempre será possível identificar qual cláusula foi negociada em benefício da outra, a não ser que a convenção ou acordo assim estabeleçam²¹¹.

O último parágrafo do art. 611-A, da CLT determina que os sindicatos subscritores do instrumento de negociação coletiva deverão participar como litisconsortes necessários em ação individual ou coletiva que vise a anulação de cláusulas da convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

²⁰⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.

²⁰⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.

²¹⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 114.

²¹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.

A análise que se faz do § 5º, do art. 611-A, da CLT é de que a figura do litisconsórcio necessário não seria a mais adequada, posto que o trabalhador quando postula a nulidade de determinada cláusula não possui qualquer relação jurídica com o sindicato que justifique esse tipo de intervenção. Tal regra funcionaria como uma forma de dissuadir o trabalhador de questionar cláusula que ele considere ilegal, já que poderia criar atritos com seu sindicato²¹².

No artigo seguinte, o 611-B, da CLT são mencionados direitos que não podem ser reduzidos ou suprimidos por intermédio de negociação coletiva, contando tal artigo com 30 (trinta) incisos. Em seu parágrafo único prescreve que as normas de “duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”.

Cumprir destacar que a previsão do parágrafo único do referido dispositivo não se compatibiliza com o entendimento da doutrina de que o excesso de tempo de trabalho pode ocasionar acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais, de forma normas que dispõem sobre a duração do trabalho e intervalos são de saúde, higiene e segurança do trabalho²¹³.

Em relação à natureza do rol trazido pelo art. 611-B, da CLT, o legislador teve a preocupação de inserir a expressão “exclusivamente” no *caput*, de forma a indicar que se trata de rol taxativo. No entanto, outras matérias da legislação trabalhista também não poderiam ser alvo de negociação coletiva, como por exemplo “restrições ou condicionantes à garantia de emprego da gestante”, “concessão de reajuste salarial contrário a leis de política salarial”, e outros²¹⁴.

Diante do exposto, vale destacar que as alterações realizadas pela Lei nº 13.467/2017, em especial no que se refere ao art. 611-A, da CLT, afrontam diretamente os princípios abordados em linhas anteriores, conforme restará a seguir demonstrado.

A prevalência do negociado sobre o legislado da forma como foi inserida pela reforma trabalhista se contrapõe ao princípio da proteção e o da prevalência da

²¹² SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 115.

²¹³ SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 42, p. 127-156, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103778/2013_silva_jose_flexibilizacao_jornada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 128.

²¹⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 121-122.

norma mais favorável, já que admite negociações prejudiciais ao trabalhador além do que se autoriza no art. 7º, VI, XIII e XIV, da Constituição Federal, permitindo a ampla flexibilização das normas trabalhistas através do processo de negociação coletiva.

Ademais, a regra do art. 611-A, da CLT, não se coaduna com o princípio da vedação ao retrocesso social, na medida em que permite a retirada e a redução de direitos fundamentais por intermédio da negociação coletiva.

De acordo com seus defensores, a prevalência do negociado em detrimento do legislado seria uma alternativa para a redução de custos do trabalho, sendo necessária diante da crise econômica que se instaurou. No entanto, não há estudos consistentes que embasem essa alegação. Além disso, o custo econômico não pode ser um elemento capaz de determinar a desregulamentação de direitos fundamentais e de um sistema normativo de proteção às pessoas, que necessitam viver do seu trabalho²¹⁵.

Diante da frágil estrutura sindical do Brasil, que é pouco representativa e bastante rígida, em razão do sistema de unicidade sindical implantado, não se pode falar que há uma liberdade sindical plena²¹⁶.

Nesse sentido, estando os sindicatos presos às mencionadas amarras, dificilmente seriam capazes de realizar uma livre negociação. Considerando ainda a situação de precariedade que enfrentam os trabalhadores brasileiros em um mercado de trabalho largamente flexibilizado, a prevalência do negociado em relação ao legislado se traduz em um retrocesso histórico, que novamente dá aos representantes do capital o poder de ditar as cláusulas contratuais, legitimados pelo procedimento de negociação coletiva²¹⁷.

²¹⁵ PORTO, Noemia Aparecida Garcia Porto; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1954>>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 28.

²¹⁶ PORTO, Noemia Aparecida Garcia Porto; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1954>>. Acesso em: 29 nov. 2018. p. 27.

²¹⁷ RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização, justiça social e emancipação: um debate na perspectiva do direito do trabalho. **Impulso**. Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 41-55, jan/abr.2003. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/8935575-Globalizacao-justica-social-e-emancipacao-um-debate-na-perspectiva-do-direito-do-trabalho.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018. p. 53.

Nesse sentido, diante do dever do Estado de garantia dos direitos fundamentais, as alterações promovidas pela reforma trabalhista em matéria de negociação individual e coletiva devem ser analisadas à luz dos direitos fundamentais do trabalho. A regra do art. 611-A, da CLT é incompatível com o ordenamento jurídico pátrio, ferindo não só princípios do direito do trabalho como também outras normas inseridas na Consolidação das Leis do Trabalho. Sua aplicação deverá ser feita pelo poder judiciário com base nesses princípios.

5 CONCLUSÕES

O presente trabalho buscou realizar um estudo acerca do art. 611-A, da CLT, que dispõe sobre a prevalência do negociado em detrimento do legislado, à luz dos princípios da proteção, da norma mais favorável e da proibição ao retrocesso social.

A autonomia privada permite ao particular que crie normas capazes de reger sua vida, devendo ser observados alguns limites, como por exemplo a lei e a ordem pública. No direito do trabalho, através da negociação coletiva é possível que sejam criadas normas aplicáveis à toda a categoria, podendo elas não só criar novos direitos como também reduzi-los. É o sindicato o legitimado para realizar negociação coletiva.

O direito do trabalho pressupõe uma desigualdade material entre os integrantes da relação de trabalho, de forma que princípios como o da proteção, o da norma mais favorável e o da proibição ao retrocesso social são formas de balancear tal relação.

Os direitos fundamentais devem ser garantidos não só pelo Estado, como também pelos particulares. Ao Estado cabe a função de criar leis que assegurem e não retirem ou reduzam direitos fundamentais, uma atuação na esfera administrativa que os observe e, também, a aplicação e interpretação das normas à luz desses direitos.

A reforma trabalhista flexibilizou uma série de direitos trabalhistas, promovendo uma série de alterações em relação a autonomia privada individual e coletiva. Com a Lei nº 13.467/2017 o legislador buscava uma valorização da autonomia privada com vistas a redução de direitos, apresentando como justificativas que a Consolidação das Leis do Trabalho estaria defasada, que era demasiado burocrática e que assim poderiam ser criados novos empregos.

As mudanças promovidas pela referida lei atingem o direito do trabalho em pontos que são considerados centrais. Ela interfere na hierarquia das normas trabalhistas e em princípios que são essenciais desse ramo do direito.

Com a justificativa de privilegiar a autonomia das partes, ela tão-somente fornece ao empregador outros meios de impor seus arbítrios em uma relação jurídica onde a parte adversa, o trabalhador, está em situação de fragilidade

Nesse sentido, se constatou uma total incompatibilidade do art. 611-A, da CLT, com os princípios da proteção, da norma mais favorável e da proibição do retrocesso social.

Diante da eficácia direta dos direitos fundamentais e do dever do Estado de lhes garantir, o art. 611-A, da CLT deve ser interpretado à luz dos princípios do direito do trabalho, ainda que isso signifique recusar a sua aplicação.

6 REFERÊNCIAS

ABREU, Lília Leonor. **Da natureza jurídica do sindicato**. 1985. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.

ALEXY, Robert. Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid, a. 31, n. 9, p. 11-29, jan./abr. 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3621584>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/181930>>. Acesso em: 15 out. 2018.

ARAÚJO, Maurício Azevedo de; DUTRA, Renata Queiroz; JESUS, Selma Cristina Silva de. Neoliberalismo e flexibilização da legislação trabalhista no Brasil e na França. **Cadernos do CEAS**. Salvador/Recife, n. 242, p. 558-581, set./dez. 2017. Disponível em <<https://periodicos.ucsal.br/index.php/cadernosdoceas/article/view/401> >. Acesso em: 11 nov. 2018.

AWAD, Fahd Medeiros. Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, v. 24, n. 1, p. 90-100, 2010. Disponível em: <<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/2146/1386>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BIAVASCHI, Magda Barros. As reformas estruturantes em um país em que jagunços ainda têm vez: a reforma trabalhista que não cria empregos e suprime direitos. In: TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. (Org.). **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017, p. 183-194.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil – 1930/1942: a construção do sujeito de direitos trabalhistas**. 2005. Dissertação (Doutorado em Economia Aplicada), Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade de direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo, a. 3, v. 8, p. 303-326, jul./set. 2016. Disponível em <<http://ojs.direitocivilcontemporaneo.com/index.php/rdcc/article/view/54>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

CATHARINO, José Martins. A convenção sindical normativa. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 11, n. 42, p. 79-98, abr./jun. 1974. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180843>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIA. **Modernização trabalhista: lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, panorama anterior e posterior à aprovação**. Brasília: CNI, 2017.

COSTA, Dilvanir José da. A natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. Belo Horizonte, v. 25, n. 18, p. 358-394, mai. 1977. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/846/790>>. Acesso em: 24 nov. 2018.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

DEJOURS, Christophe. Subjetividade, trabalho e ação. **Revista Produção**. São Paulo, v. 14, n. 3, p. 27-34, set./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.prod.org.br/files/v14n3/v14n3a03.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007.

Disponível em <<http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/40>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

EDER, Klaus. Identidades coletivas e mobilização de identidades. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 18, n. 53, p. 5-18, out. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n53/18075>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 1, p. 50-69, jul./dez. 1991. Disponível em <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/115114>>. Acesso em 24 nov. 2018.

HUPSEL, Francisco Fontes. **Autonomia privada: autonomia negocial e autonomia existencial extensão e limites na perspectiva civil constitucional**. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.

IGREJA, Cristiane de Oliveira; SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. Gênero e direito: reflexões sobre o papel da negociação coletiva e do princípio da não discriminação na consecução da igualdade de oportunidades no mundo do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, v. 41, n. 166, p. 15-42, nov./dez. 2015. Disponível em <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/98314>>. Acesso em 21 nov. 18.

LEDUR, José Felipe. A constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 77, n. 3, p. 154-181, jul./set. 2011. Disponível em :<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/26996/008_ledur.pdf?sequence=4>. Acesso em: 25 nov. 2018.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**. São Paulo, a. 6, v. 22, p. 141-159, jan./mar. 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTA, Paulo Henrique da. **Negociação coletiva de trabalho: função social de empresa e valorização do trabalho humano**. São Paulo: LTr, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho, relações coletivas e individuais do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro; NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2015.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; PESSOA, Roberto. A nova velha questão da ultra-atividade das normas coletivas e a súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho. **Scientia Iuris**. Londrina, v. 14, p. 97-107, nov. 2010. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7633/6729>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

PIMPÃO, Hiroshê. **Natureza jurídica da convenção coletiva de trabalho**. 1940. Tese (Livre docência) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

PIRES, Eduardo; ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. Autonomia privada e suas limitações legais: reflexo da incidência indireta dos direitos fundamentais. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. São Leopoldo, v. 7, n. 2, p. 176-187, mai./ago. 2015. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.07>>. Acesso em 23 out. 2018.

PORTO, Noemia Aparecida Garcia Porto; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-37, jan./jun. 2017. Disponível em <<http://indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1954>>. Acesso em: 29 nov. 2018.

RAPOSO, Paulo Marcelo Wanderley. Autonomia privada e autonomia da vontade em normas constitucionais. In: LOTUFO, Renan (Coord.). **Direito civil constitucional**. Vol. 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76-92.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação: notas sobre a evolução de um conceito na modernidade e na pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 41, n. 163, p. 113-130, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/982>>. Acesso em: 05 out. 2018.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Autonomia privada coletiva e crise paradigmática no direito do trabalho. **Verba Juris**. João Pessoa, a. 5, n. 5, p. 471-487, jan./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/vj/article/viewFile/14856/8411>>. Acesso em 18 nov. 2018.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Globalização, justiça social e emancipação: um debate na perspectiva do direito do trabalho. **Impulso**. Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 41-55, jan/abr.2003. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/8935575-Globalizacao-justica-social-e-emancipacao-um-debate-na-perspectiva-do-direito-do-trabalho.html>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica. **Prim@ Facie**. João Pessoa, a. 3, n. 4, p. 29-57. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4455>>. Acesso em 18 nov. 2018.

SANT'ANA, Maurício Requião de. **Autonomia, incapacidade e transtorno mental: propostas pela promoção da dignidade**. 2015. Dissertação (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos humanos na negociação coletiva: teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**. Lisboa, a. 2, n. 1, p. 769-820, 2013. Disponível em <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11333/2/Os_Direitos_Fundamentais_Sociais_e_a_Assim_Chamada_Proibicao_de_Retrocesso_Contribuindo_para_uma_Discussao.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. IV, n. 14, p. 167-217, jan./mar. 2005. Disponível em: <<http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/os-principios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>>. Acesso em: 23 out. 2018.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. A flexibilização da jornada de trabalho e seus reflexos na saúde do trabalhador. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, n. 42, p. 127-156, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/103778/2013_silva_jose_flexibilizacao_jornada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 29 nov. 2018.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. O estado atual dos princípios do direito do trabalho. **Revista Latinoamericana de Derecho Social**. México, n. 1, p. 185-194, jul./dez. 2005. Disponível em < <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=429640256013> >. Acesso em: 12 nov. 2018.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em < <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

STORER, Aline. Autonomia da vontade: a ficção da liberdade, considerações sobre a autonomia da vontade na teoria contratual clássica e na concepção moderna da teoria contratual. **Em Tempo (Marília)**. Marília, v. 8, p. 55-68, set. 2009.

STRENGER, Irineu. A autonomia da vontade como suporte do sistema civilista e direito internacional privado e direito interno. **Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, a. III, n. 10, p. 53-72, jan./mar. 2004.

TEIXEIRA, Marilene Oliveira et al. **Contribuição crítica à reforma trabalhista**. Campinas: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. Boa-fé no código civil brasileiro: dez anos de experiência. In: CASSETTARI, Christiano (Coord.). **10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002**: estudos em homenagem ao professor Carlos Alberto Dabus Maluf. Vol. 01. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 308-323.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. A autonomia privada e a relação de emprego sob a perspectiva do direito individual do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília, v. 82, n. 4, p. 19-46, out./dez. 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/101982/2016_wyzykowski_adriana_autonomia_privada.pdf?sequence=1>. Acesso em: 25 nov. 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, n. 11, p. 177-192, 1996. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/69745/39291>>. Acesso em: 12 nov. 2018.