



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA GOMES SILVA DA PAZ

**REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DA PREVALÊNCIA
DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO**

Salvador
2018

LARISSA GOMES SILVA DA PAZ

**REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE DA PREVALÊNCIA
DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof(a). Dr(a). Adriana Brasil Vieira Wyzykowski

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

LARISSA GOMES SILVA DA PAZ

**REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE SOBRE A
PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018

Ao meu pai, João, pelo apoio incondicional ao longo da minha formação e do meu desenvolvimento pessoal enquanto indivíduo, assim por todo o amor e carinho dado a todo momento.

AGRADECIMENTOS

A Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades.

Ao meu pai e minha madrinha, por me apoiarem ao longo de toda minha jornada acadêmica. Agradeço principalmente por sua contribuição na minha formação enquanto pessoa, enquanto cidadão. Por todo o apoio moral e o afeto, ambos indispensáveis.

Aos meus colegas e amigos, pelas palavras de encorajamento e pela união em tempos de muito estudo, pela compreensão das minhas ausências. Será um prazer dividir esta vitória!

Agradeço a Dra. Virgínia, por toda compreensão em relação as minhas ausências no trabalho. Ao Dr. Fernando, por estar sempre tão disponível em tirar minhas dúvidas.

Agradeço, por fim, à minha orientadora, Adriana, por toda a paciência, atenção e auxílio prestados. Por sua compreensão, preocupação com o desenvolvimento do trabalho, mostrando-se presente nos momentos de necessidade. Sem ela, nada seria possível. Serei eternamente grata por ter despertado o amor em mim pelo Direito do Trabalho, além de todo incentivo durante esse período de monografia.

E a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada! É um prazer compartilhar essa vitória com vocês.

"Não sabendo que era impossível, foi lá e fez"

Jean Cocteau

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a possibilidade da prevalência do negociado em face do legislado, investigando, para isso, o instituto da autonomia privada na formação do contrato de trabalho e diante da relação empregatícia. Busca, por meio deste, compreender os limites impostos a vontade das partes na relação individual e coletiva, estudando o desequilíbrio existente nas relações de emprego. Propõe-se analisar, ainda a negociação coletiva e os instrumentos coletivos de trabalho – convenções e acordos coletivos, suas definições e distinções. Diante disso, analisa a natureza jurídica dos instrumentos na negociação coletiva, explicitando as teorias contratualistas, extracontratualistas e normativas. Apresenta ainda, os requisitos de existência, de validade e de eficácia dos convênios coletivos. Assim, Uma vez compreendido como funcionam separadamente a autonomia privada e a negociação coletiva, busca-se enfrentar a possibilidade de flexibilização dos direitos trabalhistas. Nesta senda, analisou-se a hierarquia das normas do direito comum em comparação com as normas do direito do trabalho e, portanto, a possibilidade da prevalência das normas advindas das negociação coletivas, por meio dos instrumentos coletivos em face do previsto no ordenamento jurídico. Para que se alcance esse objetivo, há que se analisar o art. 611-A da CLT, o qual traz as matérias que são passíveis de serem objeto da negociação coletiva, bem como o art. 611-B da CLT, que determina as limitações acerca da negociação coletiva. Por fim, chega-se a conclusão que só será possível haver a prevalência do negociado em face do legislado se for para beneficiar o trabalhador, caso contrário deverá ser respeitado o patamar mínimo previsto nas legislações pátrias.

Palavras-chave: autonomia da vontade; autonomia privada; autonomia existencial; autonomia privada coletiva; pluralismo jurídico; negociação coletiva; instrumentos coletivos;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PPE	Programa de Proteção ao Emprego
STF	Supremo Tribunal Federal
TST	Tribunal Superior do Trabalho
CNT	Departamento Nacional do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E O DIREITO DO TRABALHO	14
2.1 AUTONOMIA E VONTADE	15
2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE	17
2.2.1 A evolução da autonomia da vontade	18
2.2.2 O declínio do conceito clássico	21
2.3 AUTONOMIA PRIVADA	23
2.3.1 A distinção entre autonomia privada e autonomia existencial	24
2.3.2 Fatores de limitação da autonomia	26
2.4 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E O DIREITO DO TRABALHO	29
2.4.1 Pluralismo jurídico e autonomia privada coletiva na área trabalhista	31
2.4.2 O interesse coletivo e a formação da vontade coletiva.	33
2.4.3 A natureza jurídica da autonomia privada coletiva	36
3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA .	39
3.1 CONCEITO E DENOMINAÇÃO .	40
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA	42
3.3 INSTRUMENTOS COLETIVOS – CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO	46
3.3.1 Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho: definições	46
3.3.2 Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho: distinções	47
3.4 NATUREZA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS	48
3.4.1 Teoria Contratualista	49
3.4.2 Teoria Extracontratual	50
3.4.3 Teoria Normativa	50
3.5 LEGITIMAÇÃO PARA NEGOCIAÇÃO	52
3.5.1 Sindicatos e empresas	52
3.5.2 Federações e Confederações	54
3.5.3 Centrais sindicais: legitimidade?	55

3.6 CONTEUDO	56
3.7 REQUISITOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA	57
4 A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO LEGISLADO: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 611-A, DA CLT	60
4.1 HIERARQUIA DAS NORMAS E TEORIA DAS FONTES NO DIREITO	64
4.1.1 A hierarquia estática e dinâmica no direito comum	67
4.1.2 A hierarquia das fontes na seara trabalhista: uma análise à luz do princípio da norma mais favorável	68
4.2 A LEI 13.467/17: HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA EDIÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA	70
4.2.1 A supremacia da lei sobre a autonomia privada coletiva antes da edição da lei 13.467/17	73
4.2.2 A inovação trazida pela Lei 13.467/17: uma análise do art. 611-A e do art. 611-B	74
4.3 HIERARQUIA DAS FONTES TRABALHISTAS: DEVE EXISTIR PREVALÊNCIA DAS FONTES ADVINDAS DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA EM DETRIMENTO DA LEI?	85
5 CONCLUSÕES	87
REFERÊNCIAS	90

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho gira em torno das mudanças trazidas pela “Reforma Trabalhista”, aprovada pela Lei nº 13.467, de julho de 2017. Muito se questionou sobre a necessidade de uma reforma e quais as suas reais intenções dentro do cenário político e social visualizado no país. No entanto, restou claro a necessidade de haver uma atualização na legislação trabalhista, uma vez que a Consolidação das Leis do Trabalho data de 1943. Tendo em vista, que a sociedade está em constante evolução, se fez necessário a elaboração de uma lei que tentasse abarcar todas as situações decorrentes da relação de trabalho.

Assim, o presente trabalho se debruça ao estudo da prevalência do negociado em face do legislado. É necessário considerar que esse não é um instituto novo, mas não era tão difundido como é atualmente com a nova lei, em que ficou estabelecido um rol exemplificativo de matérias que poderão ser objeto de negociação coletiva.

Dessa forma, há quem alegue que a liberdade de negociação irá gerar melhores condições de trabalho para os empregados, em razão de haver uma maior proteção dos direitos. Em uma opinião diametralmente oposta, há quem afirme que a Reforma Trabalhista gera uma redução ou mesmo uma supressão de direitos.

Nesta senda, se faz necessário analisar os institutos jurídicos desde a concepção inicial da autonomia da vontade até as mudanças trazidas com a reforma trabalhista, para só assim entender a importância do estudo do tema.

A presente monografia utilizou o método cartesiano, em que inicialmente foram adotadas premissas gerais e, posteriormente premissas mais específicas. Desse modo, foram abordados conceitos mais abrangentes, e após foram feitas considerações sobre o tema com mais especificidade. Além disso, foi realizada pesquisa bibliográfica, juntamente com a coleta de jurisprudência.

Nesse contexto, esta monografia foi dividida em cinco capítulos. O segundo capítulo se debruça ao estudo da autonomia privada, desde sua concepção inicial, em que a vontade era visualizada como absoluta, até o seu declínio, devido as desigualdades apresentadas na sociedade. Sendo necessário ainda a diferenciação entre autonomia privada e autonomia existencial, uma vez que ambas tratam sobre o poder conferido pelo Estado

de se auto regulamentar. No entanto, a primeira diz respeito às situações civis, e a segunda se relaciona com o poder do indivíduo de gerir sua própria vida, relaciona-se aos direitos da personalidade.

Além desses conceitos, se fez necessário também trazer as limitações impostas à autonomia privada, para só assim entender o que seria a autonomia privada coletiva, e o poder que os grupos sociais têm de criar normas de regulamentação de suas relações.

Nesse contexto, foi abordado temas como o pluralismo jurídico, em razão das normas criadas por meio da autonomia privada coletiva coexistirem no mesmo ordenamento que as normas estatais, bem como, foi necessário realizar uma análise acerca dos interesses e da natureza jurídica da autonomia privada coletiva.

No terceiro capítulo foi analisada a negociação coletiva que é o procedimento de efetivação da autonomia privada coletiva, em que seu produto jurídico são os acordos e convenções coletivas. Sendo necessário, portanto, analisar a natureza jurídica dos instrumentos coletivos, em razão de ser conferido, pelo ordenamento jurídico, o poder de ser fonte do direito positivo, destacando ainda a sua fundamental importância na resolução de conflitos das relações trabalhistas.

Nesta senda, foi necessária uma análise de quem são as partes legitimadas para participarem da negociação coletiva, uma vez que os convênios coletivos só produzirão seus efeitos se forem observados tais requisitos.

O estudo do instituto da negociação coletiva se faz importante, em razão de ser esse o procedimento utilizado para elaboração dos instrumentos coletivos – acordo e convenção coletiva de trabalho, que são os meios pelos quais se desenvolve o cerne do presente trabalho.

O quarto capítulo trata da prevalência do negociado sobre o legislado, que foi uma das principais mudanças trazidas pela nova lei.

Assim, faz-se necessário um estudo mais aprofundado acerca da hierarquia das normas, em que foi analisado a pirâmide de Kelsen, perpassando pelo estudo da hierarquia estática e dinâmica do direito comum, para posteriormente, analisar a hierarquia das fontes na seara laboral.

Deve-se levar em consideração que as fontes do Direito do Trabalho não se assemelham as fontes do direito comum, uma vez a primeira deve ser analisada à luz do princípio da

norma mais favorável para o empregado. Isso significa, que apesar de existir uma hierarquia formal de aplicação das fontes do direito, o Direito do Trabalho, de forma peculiar, confere ao trabalhador à aplicação da lei que lhe for mais favorável, mesmo que hierarquicamente seja inferior a uma outra norma que não lhe concede tal direito. Devendo ser observada apenas se está em consonância com os preceitos constitucionais.

Nessa esteira, fez-se necessário analisar o art. 611-A da CLT, que trata da prevalência do negociado em face do legislado, bem como o art. 611-B da CLT, que traz os temas que não serão objeto de negociação coletiva.

A negociação coletiva é um instituto de extrema importância para as relações trabalhistas, tendo em vista que é por meio dessas que há uma maior garantia dos direitos dos trabalhadores. Entretanto, com a Reforma Trabalhista, em que se flexibilizou diversos direitos, de modo a reduzir ou até mesmo suprimir, o instituto da negociação coletiva deixou ser vantajoso para o empregado e passou a ser para o empregador, uma vez que têm na negociação coletiva a possibilidade de reduzir seus custos com o empregado.

Dessa forma, a Reforma Trabalhista, no que diz respeito a prevalência do negociado sobre o legislado não trouxe maiores ganhos para os trabalhadores, deixando-os sem uma segurança jurídica da garantia de seus direitos.

2 A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO DO TRABALHO

O direito é um fenômeno dinâmico que se desenvolve a partir de dois polos: fatos e valores. Os fatos são aquelas situações que ocorrem na vida social, sendo essa considerada a dimensão fática do direito. Por outro lado, os valores se relacionam com a evolução das ideias, que compõem a dimensão axiológica. Dessa forma, a estrutura normativa é formada diante de uma intensa atividade entre fatos e valores, não apenas no âmbito geral do direito, mas também do Direito do Trabalho¹.

Constata-se, inicialmente, que a autonomia privada, segundo a autora Ana Prata, tem uma íntima ligação com os conceitos de sujeitos jurídicos e propriedade, em razão de todos serem proprietário de algo, seja de bens que lhe permitem subsistir, ou da força de trabalho que vendam. Assim, reconhecida a propriedade da força de trabalho pelo sujeito, esse passou a ter legitimada sua capacidade negocial e jurídica para celebrar o contrato, sendo este momento em que o conceito de autonomia privada ganhou um conteúdo autônomo e operativo².

No entanto, em decorrência da Revolução Francesa em que os conceitos de igualdade e liberdade ganharam destaque, permitiu-se a opressão dos mais fracos, visto que a relação contratual estipulada entre o detentor do poder e aquele que, por motivos de subsistência, necessita se submeter as regras impostas por esse poder, configura-se uma relação jurídica de dominação³.

Essa dominação foi visualizada nas questões sociais que antecederam a Revolução Industrial do século XVIII, em decorrência de não haver no Estado Liberal limites para a autonomia privada individual, sendo a vontade o único elemento necessário para a existência das relações contratuais⁴.

Assim, o Direito do Trabalho surge em consequência das condições de labor impostas pela indústria, em que, pela necessidade de subsistência, os trabalhadores se

¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34

² PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.11.

³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 10.

⁴ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez 2007, p. 1. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr. 2018.

submeteram a condições desumanas. Portanto, o Direito do Trabalho é fruto das questões sociais visualizadas nesse momento histórico e das reações humanistas que se propuseram a garantir a dignidade do ser humano frente ao trabalho realizado nas indústrias⁵.

Insta esclarecer que o presente trabalho pretende realizar uma análise da prevalência do negociado sobre o legislado, dando enfoque, primeiramente, a aplicação da autonomia privada, em sua concepção inicial de vontade, até a sua aplicação nos negócios jurídicos realizados nos dias atuais.

2.1 AUTONOMIA E VONTADE

A vontade pode ser interpretada de diferentes formas nos diversos ordenamentos e estágios de desenvolvimento histórico, como no caso da psicologia, da ética, da história e do direito. A vontade para o direito é um dos elementos fundamentais do ato jurídico, em que manifesta-se de acordo com as normas, produzindo efeitos, seja criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas⁶.

Francisco Amaral ensina que a possibilidade que a pessoa tem de agir de acordo com sua vontade, seja fazendo ou deixando de fazer algo, chama-se liberdade⁷. Ele afirma ainda que a liberdade pode ser vista de diferentes formas: a liberdade natural, a social, a política, a pessoal ou a jurídica.

Assim, na concepção do autor, a liberdade do ponto de vista jurídico é a base para a autonomia da vontade, sendo ela uma possibilidade em que o indivíduo tem de atuar com eficácia jurídica, ou seja, é a capacidade que o sujeito tem de utilizar sua liberdade para poder criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. No entanto, dentro da esfera do direito esse conceito seria interpretado como autonomia, que é entendida por reger-se por suas próprias leis.

Há autores que entendem que a liberdade jurídica coincide com a autonomia jurídica individual, significando a possibilidade de atuar licitamente sem que as condutas pessoais

⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34

⁶ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. rev., modif. e ampl. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 464

⁷ *Ibidem, loc.cit.*

possam gerar fatos jurídicos, a exemplo de Roxana Borges, que afirma que “a licitude reside, neste aspecto, na ausência de proibição”⁸.

A liberdade do ponto de vista jurídico é a base para a autonomia da vontade, sendo ela uma possibilidade em que o indivíduo tem de atuar com eficácia jurídica, ou seja, é a capacidade que o sujeito tem de dentro da sua liberdade poder criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. No entanto, dentro da esfera do direito esse conceito seria interpretado como autonomia, que é entendida por reger-se por suas próprias leis⁹.

Há autores que entendem que a liberdade jurídica coincide com a autonomia jurídica individual, significando a possibilidade de atuar licitamente, sem que as condutas pessoais possam gerar fatos jurídicos, a exemplo de Roxana Borges que afirma que a licitude reside, neste aspecto, na ausência de proibição¹⁰.

No negócio jurídico, a manifestação da vontade é tida como elemento de existência para que haja a produção dos efeitos. Por essa razão, nos contratos, uma das mais importante espécies de negócio jurídico, é dada as partes, em regra, a liberdade de estruturar o conteúdo da eficácia da relação jurídica resultante, por meio da exteriorização da vontade, de modo a alterar e dar sentido ao que se pretende no negócio¹¹.

O vocábulo autonomia vem do grego *autos* + *nomos*, que significa independência e autodeterminação. Afigura-se como o direito de reger-se segundo suas próprias leis, assim é a faculdade de determinar as próprias normas de conduta, sem imposições alheias. Compreende-se, então, a autonomia como o poder de se autogovernar, a partir do qual pode o indivíduo tomar decisões livremente com independência moral ou intelectual, diferente da heteronomia, que significa sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem¹².

Portanto, autonomia é a capacidade de se autogovernar, figura-se a autonomia como o direito de reger-se segundo suas próprias regras, é uma autorregulação que terá

⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia Privada e Negócio Jurídico*. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 70.

⁹ AMARAL, Francisco. *Op.cit.*, 2017, p. 464.

¹⁰ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Autonomia Privada e Negócio Jurídico*. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 70

¹¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 237

¹² CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.85

implicações na ordem jurídica, devendo respeitar os limites do ordenamento para que seja exercida. É ela a base para que se compreenda a autonomia privada. A autonomia jurídica individual é apenas a forma mais simples da atuação do ser humano e essa conduta não se materializa em fatos jurídicos.

Já a vontade, diante do estudo realizado, está diretamente ligada aos negócios jurídicos, em razão da sua exteriorização, que tem a função de compor o suporte fático do negócio jurídico para, então, produzir os efeitos almejados.

2.2 A AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é um princípio do direito civil, em que as partes têm a possibilidade de praticar certos atos jurídicos, podendo determinar, com sua efetivação, sua forma, conteúdo e efeitos¹³.

Destaca-se que grande parte da doutrina contemporânea utiliza a expressão "autonomia da vontade" como sinônimo de "autonomia privada", embora ainda há autores que considerem que são diferentes, a exemplo de Francisco Amaral que ressalta que a autonomia da vontade tem uma conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade de um modo objetivo, concreto e real¹⁴.

Para Orlando Gomes, autonomia da vontade significa o poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica¹⁵.

Já Maria Helena Diniz conceitua o princípio da autonomia da vontade como o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica¹⁶.

Francisco Amaral explica que a autonomia da vontade é assim, o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos¹⁷.

¹³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215.

¹⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 45

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40

¹⁷ AMARAL, Francisco. *Op.cit.*, 2003, p. 215

Por muitos anos a vontade foi considerada fonte de direitos, e até hoje na teoria dos atos jurídicos a vontade ainda é vista como um elemento fundamental. Muitos autores chegaram a conceituar o negócio jurídico como acordo entre duas vontades, sem se levar em conta o ordenamento em que estavam inseridos. Isso era um problema, pois a vontade pura e simples, não pode ser vista do ponto de vista onipotente, sem haver limites¹⁸.

No entanto, com o evoluir dos conceitos jurídicos, alguns autores passaram a se questionar se a vontade vista como elemento subjetivo poderia ser fonte de direitos e a partir desse momento, em que começou-se a pensar a vontade dentro de um limite, sendo esse o ordenamento jurídico, com suas leis e regras, é que percebeu-se que estava sendo gerada a autonomia privada¹⁹.

Sendo assim, a vontade autônoma é requisito para o negócio jurídico, mas não é o único, vez que deve haver outros requisitos para que esse negócio seja considerado válido, estes requisitos encontram fundamento no ordenamento jurídico.

Dessa forma, como já mostrado, o conceito de autonomia da vontade nem sempre foi pacífico, sendo necessário estudá-lo na sua perspectiva clássica, assim como perante as alterações conceituais que sofreu.

2.2.1 O evoluir da autonomia da vontade

A autonomia da vontade tem seus pilares na liberdade de contratar, baseando-se na vontade dos indivíduos de se obrigarem livremente. Na antiguidade essa liberdade se baseava na posição em que o indivíduo ocupava na comunidade. Posteriormente, na modernidade, a liberdade de contratar passou a ser um direito subjetivo, em que a ideia de liberdade seria algo inerente ao ser humano²⁰.

Nos primórdios do império romano o formalismo dominava a interpretação objetiva dos atos jurídicos e uma atuação formalmente correta produzia efeitos independentemente da vontade dos indivíduos. Nesse período, os efeitos jurídicos eram em consequência da

¹⁸ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 74

¹⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215.

forma e não da vontade. Esse modo de interpretação sofreu diversas alterações até que se chegasse a uma interpretação mais subjetiva, em que fosse analisada a vontade real do indivíduo²¹.

Na época romana clássica o conceito de contrato foi se firmando como acordo de vontades, em que apenas era necessário um acordo entre o declarante e o destinatário²².

No entanto, com o advento do cristianismo em que o homem está no centro das reflexões de ordem religiosa, o direito canônico atribuiu relevância para o consenso e a fé jurada, que ensejaram na vontade como fonte obrigacional. Assim afirma Orlando Gomes, “a estimulação do consenso leva a ideia de que a obrigação deve nascer fundamentalmente de um ato de vontade e que, para criá-lo é suficiente a sua declaração”²³.

Portanto, era tão importante a declaração de vontade livre de vícios na realização dos negócios, vez que a palavra deve ser cumprida e o seu descumprimento era considerado pecado.

Na Escola do direito natural, defende-se a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes, ou seja, no livre arbítrio. Em que deixa-se de lado a ideia divina do direito e substitui-se pelas liberdades naturais. Essa concepção ainda não era vista como completa²⁴.

Foi na Revolução Francesa, em que estava no auge o individualismo filosófico e o liberalismo econômico, que a autonomia da vontade teve seu apogeu. Nesse momento a vontade era vista como a expressão da liberdade humana, ninguém poderia se obrigar senão por sua vontade livre e espontânea²⁵. Sendo assim, as partes tinham a faculdade de celebrar ou não os contratos.

O maior exemplo da vontade como expressão da liberdade humana está no art. 1.134 do Código de Napoleão, que prevê que “as convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram”. Assim, apenas era necessário que houvesse um acordo

²¹ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.86.

²² *Ibidem, loc. cit.*

²³ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

²⁴ *Ibidem, loc. cit.*

²⁵ CABRAL, Érico de Pina. *Op.cit.* 2004, p.86.

livre e a fé na palavra para que este tivesse força de lei. Entretanto, não existia, na época, uma hierarquia entre a vontade e a lei. A vontade tinha a mesma força criadora da lei²⁶. A vontade não era apenas um elemento do negócio jurídico, mas era um elemento de tamanha importância que era destinado a prevalecer sobre os outros de igual natureza. Tratava-se de um princípio que se posicionava de frente com a lei, as vezes em uma situação de equilíbrio, outras de conflito²⁷.

Ressalta, ainda, Natália Berti, uma outra visão acerca da livre manifestação de vontade na contratação:

Entendia-se, na filosofia de Kant, que o homem é por essência livre e somente por sua vontade poderia assumir obrigações. Por isso o contrato, seria governado por um poder soberano: a vontade individual²⁸.

O problema que passou a existir é que as partes envolvidas nos contratos eram vistas em par de igualdade, em seu caráter absoluto, sem se levar em conta as desigualdades econômico-sociais havida entre eles. Ao Direito cabia apenas o papel de garantir a livre manifestação da vontade, de modo a dar vida ao contrato, assegurando a eficácia dos efeitos almejados²⁹.

Logo, percebeu-se que o modelo pautado na vontade do indivíduo, em caráter absoluto, em meio a uma sociedade extremamente desigual, acabaria por gerar um desequilíbrio contratual. A partir do séc. XX, esse modelo foi bastante criticado pela doutrina e jurisprudência, pois reconheceu-se que o exagero do poder da vontade humana não mostrava as necessidades da vida social, com os deveres e as relações de interdependência que ela implica.

Dessa forma, é possível perceber que a autonomia da vontade está diretamente ligada a liberdade das partes em contratar, baseando-se apenas em seu arbítrio. Entretanto, o Estado tem como dever garantir que a declaração da vontade esteja livre de vícios, tendo o direito, apenas o papel de assegurar que as vontades sejam cumpridas.

Sendo assim, chega-se a conclusão que a autonomia da vontade criada a partir do Direito Romano, em que a vontade é vista de forma absoluta, chegando ao seu ápice na

²⁶ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.88.

²⁷ CABRAL, Érico de Pina. *Op.cit.* 2004, p.89.

²⁸ BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque sob o Paradigma da Pós-Modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Ampliada, n. 57, jan./mar. 2014, p. 83

²⁹ CABRAL, Érico de Pina. *Op.cit.* 2004, p.89 et seq.

Revolução Francesa, não deu certo do ponto de vista da ampla liberdade contratual, em que não foram respeitadas as desigualdades existentes entre os indivíduos, sendo necessário, portanto, se pensar em outro papel para a autonomia privada.

2.2.2 O declínio do conceito da autonomia da vontade

O conceito clássico de autonomia da vontade começa a entrar em declínio a partir das atrocidades visualizadas na sociedade diante da vontade absoluta.

A autonomia da vontade vista da perspectiva do contrato como lei entre as partes, prosperou pelos momentos históricos do individualismo, liberalismo, momento este em que a burguesia estava em ascensão. Os direitos fundamentais eram limitados a esfera pública, ou seja, só eram aplicadas entre o Estado e os cidadãos. Ao Direito Privado competia atuar nas relações entre particulares³⁰.

Essa separação entre Estado e sociedade era vista como garantia de uma liberdade individual, em que o Estado deveria intervir o mínimo possível nas relações negociais para que a sociedade se desenvolvesse de forma harmoniosa³¹.

Porém, com a evolução da sociedade, a filosofia individualista, passou a não mais satisfazer as novas necessidades, uma vez que nesse modelo, a autonomia da vontade se preocupava unicamente em âmbito psicológico dos contratantes, sem se preocupar com a real eficácia social³².

O principal problema prático desse conceito foi enxergar a vontade como onipotente, sem que houvesse limites jurídicos para o exercício da liberdade negocial³³.

Em consequência disso, em meados do século XX, com os avanços tecnológicos e com a eclosão de guerras, o individualismo liberal deu lugar para o intervencionismo do Estado, passando este a intervir cada vez mais nas relações negociais, buscando um

³⁰ FAUTH, Juliana de Andrade. **Autonomia Privada e a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas.** Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,autonomia-privada-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-trabalhistas,55907.html>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

³¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 13

³² BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque sob o Paradigma da Pós-Modernidade. **Revista de Direito Privado.** São Paulo: Editora Ampliada, n. 57, jan./mar. 2014, p. 84

³³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS.** v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 74

equilíbrio entre as partes³⁴. O Estado passa a se preocupar não apenas com a liberdade do cidadão, mas também com seu bem-estar. Assim, introduziu-se, a noção de que os direitos fundamentais, além de vincularem, subjetiva e objetivamente o Estado, vinculam também os poderes privados³⁵.

Desta forma, diante das mudanças sociais era necessário modificar a configuração da autonomia da vontade para adequá-la a nova realidade social, em razão da liberdade, como aplicada nesse momento, não ser mais suficiente para suprir as necessidades de todos os indivíduos. Assim, a autonomia da vontade ganha nova roupagem, deixando de ser absoluta para obedecer limites ditados pela função social do contrato³⁶.

Sendo assim, concluiu-se, portanto, que não é qualquer manifestação de vontade, nem qualquer ato, que tem a capacidade de gerar efeitos, mas apenas aqueles em que a vontade esteja prevista na norma³⁷.

Diante dessa evolução teórica conduziu-se, portanto, à constatação de que autonomia privada, é o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, do poder das partes de confeccionarem as suas próprias regras³⁸. Forma-se aqui, o entendimento de que deve haver a liberdade contratual, mas esta deve obedecer limites previstos pelo ordenamento jurídico.

Assim, é necessário frisar que a autonomia da vontade difere da autonomia privada, por meio da relação existente na declaração da vontade. Assim, para a autonomia da vontade, basta apenas a declaração pura e simples para que os sujeitos obriguem-se. Já na autonomia privada é necessário que a declaração esteja autorizada pelo ordenamento jurídico e deve obedecer todos os pressupostos de validade exigidos, pois, só assim, poderá gerar os efeitos desejados pelas partes³⁹.

³⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 4: Contratos, Tomo I: Teoria Geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.76 et seq.

³⁵ FAUTH, Juliana de Andrade. **Autonomia Privada e a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,autonomia-privada-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-trabalhistas,55907.html>>. Acesso em: 11 Abr. 2018..

³⁶ BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque sob o Paradigma da Pós-Modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Ampliada, n. 57, jan./mar. 2014, p. 84

³⁷ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.22.

³⁸ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p. 95

³⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 74

É importante destacar que o estudo da autonomia da vontade é extremamente necessário, em razão de figurar como um dos princípios basilares do direito civil, tendo também grande relevância no reconhecimento da exteriorização da vontade como elemento de composição do suporte fático capaz de criar o negócio jurídico⁴⁰. No entanto, a autonomia da vontade passou a ser relativizada no momento em que o Estado passou a interferir nas relações entre os particulares.

2.3 AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é o poder, atribuído pelo ordenamento jurídico, aos particulares, para reger suas próprias relações com efeito jurídico. Traduz assim, em uma liberdade negocial no direito das obrigações, em razão do indivíduo ter a capacidade criar, modificar ou extinguir direitos. Dessa forma, cabe as partes escolherem com quem irão contratar, o conteúdo do contrato, e quando possível, a forma do ato⁴¹.

Esse poder dado as partes se materializa por meio do negócio jurídico que é visto como o instrumento prático de sua manifestação. Sendo assim, os indivíduos ao regulamentar-se, de forma direta e individual, fazem coincidir a sua autonomia privada com os interesses que o ordenamento escolhe proteger. Portanto, as relações que tem apenas como base a autonomia privada, carecem de potencialidade jurisdicional, pois as relações jurídicas devem fundamentar-se no ordenamento jurídico⁴².

É necessário pontuar que o princípio da autonomia privada, apesar de ter ganhado destaque ao deixa de ser um mero princípio contratual para assumir uma posição de direito fundamental, em que é constitucionalmente consagrado, ainda encontra fronteiras para sua aplicação nas normas legais e na ordem pública⁴³.

⁴⁰ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p.237

⁴¹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 70

⁴² PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.22.

⁴³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Op.cit*, 2005. p. 75

Desempenha, também, um papel essencial na sociedade, pois tanto serve de instrumento para a proteção da atividade econômica, como para promover o desenvolvimento social, baseado na concretização dos direitos fundamentais⁴⁴.

Assim, a autonomia privada tanto é um pressuposto da democracia, vez que permite que haja um debate de ideias ao passo que o cidadão realize de forma conscientes suas escolhas políticas e fiscalize os governantes, quanto está indissociavelmente relacionada com a proteção da dignidade humana, em razão de garantir ao homem o poder de se auto-regular⁴⁵.

Nessa visão, é possível perceber que nem todas as manifestações da autonomia privada são valoradas da mesma forma, sendo necessário, portanto, fazer uma ponderação, mas sempre levando em consideração que existem dimensões da autonomia privada que ostentam superior importância, em razão de serem mais relevantes para a garantia e promoção da dignidade da pessoa humana⁴⁶.

Sendo assim, é necessário fazer uma análise das limitações impostas a autonomia privada pelo Estado, para que esta cumpra a sua função social, sendo este um princípio previsto pela Constituição Federal.

2.3.1 A distinção entre autonomia privada e autonomia existencial

Autonomia privada, como já visto, é a faculdade dada aos particulares de se tornarem legisladores do seu próprio interesse, devendo esta autonomia ser delimitada pelo Estado.

Nota-se, diante do quanto já estudado sobre autonomia privada, que este é um termo comumente vinculado as questões patrimoniais, assim como assevera Ana Prata ao trazer o conceito de autonomia privada, em sua primeira concepção, ligado a noção de propriedade⁴⁷. Entretanto, a autonomia privada não deve ser vista apenas de uma vertente em que as partes obrigam-se de forma pecuniária, mas também onde é

⁴⁴ CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.93 et seq.

⁴⁵ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p.182

⁴⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁴⁷ PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982, p.9.

assegurado as liberdades pessoais do sujeito⁴⁸. E nesse sentido, fala-se em autonomia existencial.

A autonomia existencial, portanto, está relacionada aos direitos da personalidade, sendo a capacidade que o indivíduo tem de gerir sua própria vida, sua personalidade, de forma digna, como ocorre na doação de sangue, doação de órgãos, cessão de uso de imagem e de nome, cessão de direitos sobre a privacidade e a intimidade⁴⁹.

Os direitos da personalidades são essenciais para a formação da personalidade do indivíduo, em razão de serem inatos e permanente, de modo a nascer com a pessoa e acompanhá-la até o fim. São considerados tão importantes que suas disposições de princípio estão previstas na constituição⁵⁰.

Dessa forma, discute-se até que ponto poderia o indivíduo baseado na sua autonomia existencial gerir sua própria vida.

Francisco Amaral entende que há direitos da personalidade que são disponíveis e esses casos estão previstos em lei, como por exemplo, a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano (rim, sangue, pulmão, material genético), em vida ou *post mortem*, para fins de transplante e tratamento⁵¹. No entanto, casos como a eutanásia, que consiste na morte assistida, não são permitidos no Brasil. Portanto, percebe-se que a garantia da autonomia existencial não é ilimitada.

Assim, fazendo um paralelo com a relação empregatícia, há determinados direitos que não são passíveis de serem suprimidos, em razão de afetarem a esfera da dignidade humana do empregado, como exemplo a jornada de trabalho⁵². Destarte, ainda que o empregado dentro da sua esfera de autonomia privada deseje dispor desse direito, não é possível.

⁴⁸ GODINHO, Adriano Mateleto. Autonomia Privada das Relações Médico-Paciente e a “Capacidade para Consentir”: Uma Necessária Ruptura com o Regramento Civil da (In)Capacidade Jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.32 et seq.

⁴⁹ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 72

⁵⁰ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. rev., modif. e ampl. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 355

⁵¹ AMARAL, Francisco. *Op.cit.*, 2017. p. 356

⁵² BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n. 437**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437

Ademais, a relação existente entre a autonomia privada e a autonomia existencial, é que esta última tem o condão de ampliar a liberdade dada ao indivíduo para além da disposição do seu patrimônio⁵³.

Roxana Borges traz em seu livro diversos exemplos em que é possível distinguir o uso apenas da autonomia existencial daquelas em há o uso simultâneo da autonomia existencial e da autonomia privada⁵⁴.

A autora traz a mudança de nome, a cirurgia de mudança de sexo, a doação de órgãos, a realização de tatuagens, dentre outras, como sendo objeto da autonomia existencial, desde que não sejam objeto de negócio jurídico. E traz ainda, como sendo situações em que há o uso simultâneo da autonomia privada e da autonomia existencial, a participação em campeonatos remunerados de artes marciais permitindo lesão do seu corpo por terceiros, a cessão do uso da imagem para propaganda, ou ainda a permissão da exploração da privacidade, mediante remuneração direta ou indireta, por programas de televisão ou revistar como aquelas destinadas a devassar a vida das assim chamadas celebridades⁵⁵.

Sendo assim, a autonomia privada enquanto instrumento de desenvolvimentos e realização, traz como consequência a possibilidade que cada indivíduo tem de atuar com liberdade quanto ao exercício da sua dignidade e autonomia pessoal, devendo essa atuação não ser proibida por lei.

2.3.2 Fatores de limitação da autonomia

A autonomia da vontade no Estado liberal era vista como ilimitada. No entanto com a evolução conceitual estudada no presente trabalho, percebe-se que diante das atrocidades visualizadas na sociedade foi necessário uma mudança de paradigma em

⁵³ GODINHO, Adriano Mateleto. Autonomia Privada das Relações Médico-Paciente e a “Capacidade para Consentir”: Uma Necessária Ruptura com o Regramento Civil da (In)Capacidade Jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.32

⁵⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 48

⁵⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

que passou a haver uma intervenção maior do Estado, de modo a limitar a autonomia com base no ordenamento jurídico.

Neste plano, é possível assegurar que a autonomia, tanto privada quanto existencial, sofrem diversas limitações, desde a limitação quanto a norma imperativa até o respeito a dignidade da pessoa humana. Por se tratarem de conceitos muito próximos, as limitações serão tratadas conjuntamente.

Assim, com base nos ensinamentos já adquiridos acerca da autonomia privada, percebe-se que é uma atividade que resultada de um poder reconhecido pelo ordenamento jurídico aos particulares de se auto-regulamentar, que encontra validade nas normas jurídicas. Percebe-se, portanto, que a autonomia está limitada nas normas legais e na ordem pública⁵⁶.

A limitação por meio da ordem pública pode ser verificada sob a forma de intervencionismo ou dirigismo econômico⁵⁷. Francisco Amaral define a ordem pública como “conjunto de normas que regulam e protegem os interesses fundamentais da sociedade e do Estado, e as que, no âmbito do direito privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica”⁵⁸.

Nesta esteira, outra forma de limitação a autonomia privada é por meio dos bons costumes, que são consideradas regras morais capazes de formar a mentalidade de um povo⁵⁹. Assim, Orlando Gomes define os bons costumes como “conjunto de princípios que, em determinado tempo e lugar, constituem as diretrizes do comportamento social no quadro das exigências mínimas da moralidade média”⁶⁰.

Entretanto, essa definição dada por Orlando Gomes é passível de críticas, tendo em vista os bons costumes se determinam por meio da cultura social de cada localidade, de modo que o que é considerado bons costumes no Brasil, pode não ser considerado em outros países.

⁵⁶ CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.118

⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 74

⁵⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. rev., modif. e ampl. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 136

⁵⁹ *Ibidem, loc.cit.*

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 185

Assim, os negócios jurídicos que são realizados em confronto com as leis imperativas, com a ordem pública ou com os bons costumes, serão considerados ilícitos, não podendo produzir os efeitos desejados pelas partes. Os contratos assim realizados são chamados por Orlando Gomes de contratos ilícitos⁶¹.

De outra banda, tem-se ainda uma limitação da autonomia privada dos sujeitos quanto a fundamentação do negócio, que pode se distinguir entre limitação objetiva, limitação subjetiva e limitação racional, assim assevera Maurício Requião⁶².

Na mesma linha de pensamento, o autor afirma que a limitação objetiva diz respeito ao impedimento da prática de certas condutas, em razão do repúdio do ordenamento acerca da prática, por exemplo, a vedação de realização de contrato que verse sobre herança de pessoa viva (art. 426 do CC/02). A limitação relacional está associada a proteção ao terceiro que poderia ser atingido pelo negócio jurídico, por exemplo, doação pelo cônjuge adúltero à sua concubina (art. 550 do CC/02). A limitação subjetiva se relaciona com o sujeito que pratica o ato. Essa limitação vem no sentido de impedir que o indivíduo realize fatos que sejam danosos a sua dignidade enquanto pessoa, por exemplo, impedimento ao incapaz de praticar certos atos da vida civil (art. 3º e 4º do CC/02)⁶³.

Além disso, também é considerado como limitador da autonomia privada a função social, mas de uma perspectiva da solidariedade e socialidade nas relações, em que assegura o bem comum e o bem estar de toda a coletividade, sem desconsiderar ou eliminar os interesses do indivíduo. Dessa forma, deve a autonomia privada ser submetida à parâmetros normativos extraídos de valores autônomos do sistema, os quais sejam considerados socialmente úteis⁶⁴.

Impende destacar que o conceito de autonomia privada não é atemporal, nem imutável, sofrendo diversas mudanças ao longo do tempo, principalmente com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assim, autonomia privada, foi remodelada, pois enquanto direito fundamental encontra seus fundamentos nos princípios constitucionais, como

⁶¹ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 182

⁶² REQUIÃO, Maurício. Autonomias e Suas Limitações. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 60, out./dez. 2014, p. 90

⁶³ REQUIÃO, Maurício. *Op.cit.*, 2014, p. 91

⁶⁴ CABRAL, Érico de Pina. A "Autonomia" no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.119

simultaneamente é limitada pelos próprios direitos fundamentais previstos no art. 170 da CF/88 e pela Dignidade da Pessoa Humana⁶⁵.

Desta feita, percebe-se que a imposição estatal de limites a autonomia privada não é um fim em si mesmos, mas um meio necessário para se evitar consequências desastrosas, como já verificada no Estado Liberal⁶⁶.

É de se perceber, portanto, que as limitações impostas à autonomia privada tem como finalidade garantir a eficácia de direitos fundamentais previstos na Constituição e de princípios, como a Dignidade da Pessoa Humana. Assim, não pode autonomia privada ser utilizada de forma unilateral, sem a observância do ordenamento jurídico e dos valores autônomos. Deve esse proteger todo e qualquer indivíduo dentro das relações negociais.

2.4 A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E O DIREITO DO TRABALHO

A partir da compreensão do conceito de autonomia privada individual, se faz necessário a análise dessa, do ponto de vista coletivo, que está intrinsecamente ligado com as noções de direito do trabalho.

A autonomia privada coletiva foi criada a partir das noções de autonomia privada individual, no século XVIII. No entanto, se diferem quanto ao poder de atuação, visto que a autonomia privada individual, como o próprio nome sugere, está relacionada com o poder dado pelo ordenamento jurídico aos indivíduos singulares de regular seus próprios interesses. Nesta senda, a autonomia privada coletiva visa realizar o interesse coletivo, ou seja, de um grupo de pessoas⁶⁷.

⁶⁵ BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque sob o Paradigma da Pós-Modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Ampliada, n. 57, jan./mar. 2014, p. 90

⁶⁶ ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da Funcionalização da Autonomia Privada?. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, Editora Juspodivm, 2014, p.62

⁶⁷ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez 2007, p. 7. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr 2018.

Além disso, Amauri Mascaro Nascimento assevera que a autonomia privada individual se difere ainda da autonomia privada coletiva quanto aos sujeitos, aos interesses e a causa final⁶⁸

Quanto aos sujeitos, é possível afirmar que nas relações coletivas os sujeitos são os grupos de trabalhadores e de empregados, normalmente representados pelos sindicatos. Já nas relações individuais, os sujeitos são os trabalhadores considerados singularmente.

Quanto aos interesses, verifica-se que nas relações coletivas são grupais, ou seja, são comuns a todos os membros, enquanto que nas relações individuais são isoladas, não se comunicando, portanto, com outras pessoas.

Quanto as causas, percebe-se que nas relações coletivas há uma maior preocupação em defender os interesses da coletividade, sendo uma causa, portanto, abstrata e geral. Enquanto que nas relações individuais, direciona-se para a defesa de interesses isolados e exclusivo das pessoas, portanto, mais concreto e específico.

A autonomia privada coletiva remonta a época da Revolução industrial, em que prevalecia o princípio do respeito absoluto à autonomia da vontade (liberdade contratual), em que não havia a intervenção estatal nas relações contratuais. Portanto, o “contrato faz lei entre as partes”⁶⁹.

Diante das desigualdades apresentadas neste cenário, como forma de proteção do hipossuficiente, o Estado passou a intervir nas relações contratuais, em que houvessem como partes o empregado e empregador, por meio da elaboração de normas cogentes ou de ordem pública. Deste modo, surge o Direito do Trabalho, como meio de igualar uma relação que já nasceu desigual⁷⁰.

Entretanto, essa intervenção estatal ainda era insuficiente, pois não havia uma proteção efetiva do empregado, em razão desse ser impossibilitado de discutir a relação contratual de forma igualitária, aceitando, portanto, condições jurídicas que lhe eram impróprias.

⁶⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1294.

⁶⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. e atualiz. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 12.

⁷⁰ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia Privada Coletiva e Hierarquia Normativa na Lei n. 13.467/2017: a Questão do Legislado e do Negociado. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da Costa; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli (Coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 475.

Nesta esteira, as terríveis condições de trabalho visualizadas na Revolução Industrial levaram os trabalhadores a se organizarem coletivamente em busca de condições dignas de labor, de início afrontando a lei e depois, com a ascensão do Estado intervencionista, sob a proteção dele⁷¹.

Em consequência disso, a autonomia privada foi incrementada ao Direito do Trabalho, tendo início, portanto, a partir da união dos trabalhadores que tinham como objetivo melhores condições de trabalho, como por exemplo, a busca pela redução das jornadas⁷².

Dessa forma, impende destacar que o Estado sozinho não tem capacidade de regular todas as relações de trabalho, bem como de proteger de forma minuciosa o hipossuficiente no caso concreto, devido ao seu processo lento e rígido de elaboração das leis. Assim, há a necessidade de que os particulares se auto-regulem, como forma de atingir aqueles espaços não alcançados pela proteção do Estado.

Nesse sentido, o espaço conquistado pelos trabalhadores mantém-se mesmo diante da atuação estatal, passando, portanto, a coexistir as normas estatais e as negociais no mesmo ordenamento jurídico.

2.4.1 Pluralismo jurídico e autonomia privada coletiva na área trabalhista

O pluralismo deve ser visualizado como expressão dos reais interesses e exigências da experiência histórico-social. Assim, ele deve ser identificado tanto como fenômeno de possibilidades e dimensões de universalidade cultural, quanto como modelo que incorpora condicionantes inter-relacionados adequados às especificidades⁷³.

Dessa forma, o pluralismo que remete a ideia de diversas realidades, do ponto de vista jurídico significa que existem diversas formas de resolver um determinado problema, de modo a coexistir um Direito legal estatal com um Direito social não estatal. Resta claro,

⁷¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez., 2007, p.1. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁷² GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1283.

⁷³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura do Direito**. 3. ed. rev. E atual.. São Paulo: Alfa Omega Ltda, 2001, p. 219.

portanto, que por meio do pluralismo jurídico existem diversos meios de resolução de conflitos.

O pluralismo jurídico é a diversificação de processos de formação do direito, em que coexistem normas jurídicas criadas pelo Estado e também por outros grupos sociais, por exemplo, associações sindicais⁷⁴.

A autonomia privada coletiva na área do Direito do Trabalho tem o papel de proteger o hipossuficiente de forma mais concreta, pois tem a capacidade de criar normas jurídicas nas quais se baseiam os sujeitos das relações individuais para determinar os seus direitos e obrigações⁷⁵.

Nessa linha de pensamento, é necessário destacar que a regulamentação coletiva é realizada por meio da negociação coletiva, que tem como seu produto jurídico as convenções e os acordos, sendo estes a manifestação da autonomia privada coletiva. Esse produto jurídico é conhecido como instrumentos normativos⁷⁶.

Dessa forma, é possível perceber que o direito positivo não se encerra com a lei estatal apenas, sendo necessário, portanto, a complementação do ordenamento jurídico para poder regulamentar maiores situações, de tal modo que um grupo social particular pode dar origem a uma norma jurídica própria, podendo esta ser total ou parcialmente desvinculada do Estado, e em alguns casos, ainda é possível que seja contrária à ordem jurídica pátria⁷⁷.

Ademais, isso só é possível em decorrência do reconhecimento do pluralismo jurídico, sendo esse um dos principais fundamentos da democracia⁷⁸.

Por essa concepção é possível observar que o Estado tem a função de instaurar e de reconhecer as normas jurídicas. O Estado instaura quando o modelo jurídico é criado por ele e, reconhece quando foi criado por grupos sociais⁷⁹.

⁷⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1298.

⁷⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, 2012, p. 1294.

⁷⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia Privada Coletiva e Hierarquia Normativa na Lei n. 13.467/2017: a Questão do Legislado e do Negociado. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da Costa; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli (Coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 476

⁷⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, 2012, p. 1298.

⁷⁸ FILHO, Georgeton de Souza Franco. O Pluralismo Jurídico e a Autonomia Privada: Regulamento Interno X Regulamentação Coletiva. São Paulo: Revista LTr. v. 79, n. 9, set. 2015.

⁷⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Op. cit.*, 2012, p. 1299.

Sendo assim, o pluralismo jurídico é de extrema importância para regulamentação das relações sociais, tendo em vista que o Estado, por mais intervencionista que o seja, não consegue legislar sobre todas as situações do cotidiano, sendo necessário, portanto, o reconhecimento dos modelos jurídicos criados pela sociedade.

2.4.2 O interesse coletivo e a formação da vontade coletiva

Os modelos jurídicos criados pela sociedade se diferenciam muito quanto aos seus interesses. Assim, os interesses se dividem em difusos, coletivos e individuais. Os interesses individuais, como já analisado, diz respeito a uma relação entre as partes, a autonomia que as partes tem, diante do poder dado pelo ordenamento jurídico de se auto-regulamentarem. O interesse coletivo, como assevera Amauri Mascaro Nascimento, é “aquele pertencente aos grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base”⁸⁰. Já os interesses difusos abarcam uma infinidade de pessoas que se encontram na mesma situação.

A vontade coletiva pode ser visualizada tanto da esfera empresarial, do empregador, quanto da esfera dos empregados, se diferenciando quanto ao âmbito de sua atuação. As ações realizadas por meio da vontade coletiva da esfera empresarial abarcar um universo bastante amplo de pessoas no conjunto social em que atual. O mesmo não ocorre com a vontade coletiva na esfera dos obreiros, em razão de pertencerem a determinadas categorias ou grupos sociais⁸¹.

Os conceitos de interesse coletivo e de vontade coletiva estão intimamente ligados, tendo em vista que para que haja a formação de uma vontade coletiva é necessário que haja um grupo de pessoas com os mesmos interesses, como aconteceu durante a Revolução Industrial, em que os trabalhadores da indústria buscavam melhores condições de trabalho.

Os sindicatos desde a sua criação visam a proteção dos trabalhadores, atuando como intermediadores na busca da proteção dos interesses coletivos. Neste passo, os

⁸⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1296.

⁸¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 1558.

sindicatos são divididos em categorias profissionais, em que se sub-rogam aos sujeitos individuais em face dos empregadores, para poder exercer a vontade coletiva, por meio da negociação coletiva, em que há como instrumento as convenções e os acordos coletivos.

Assim, a autonomia privada passou a configurar-se como poder, atribuído pelo ordenamento jurídico, aos particulares, para reger suas próprias relações com efeito jurídico⁸².

Com a evolução da sociedade e o advento da Revolução Industrial, em que prevalecia a autonomia privada individual, foi possível visualizar que as condições de trabalho impostas pela industrial eram degradantes. Em razão disso, os trabalhadores se organizaram coletivamente para apresentarem reivindicações aos empregadores, em busca de melhores condições de trabalho. Essa atuação coletiva foi responsável pela criação da greve e da negociação coletiva⁸³.

As primeiras noções de autonomia privada coletiva começaram a ser criadas nesse momento, em que foi conferido poder aos grupos sociais de regular seus próprios interesses da mesma forma que ocorre com os individuais. Sendo assim, a garantia do interesse coletivo dos grupos sociais baseia-se no princípio da autonomia privada coletiva⁸⁴.

Nesta esteira, Arion Sayão Romita conceitua a autonomia privada coletiva como sendo o reconhecimento dado pelo Estado da possibilidade das empresas e dos sindicatos de trabalhadores de regularem suas relações de trabalho, respeitando os limites traçados pelo ordenamento jurídico⁸⁵. Portanto, a autonomia privada coletiva é o poder normativo conferido pelo Estado aos grupos de elaborarem normas coletivas de seu interesse.

⁸² CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p.95

⁸³ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez 2007, p. 7. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr 2018.

⁸⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1300

⁸⁵ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1035

Assim, conforme já fora analisado anteriormente, a autonomia privada individual se diferencia da autonomia privada coletiva em diversos aspectos, sendo um deles os sujeitos, os interesses e causa final.

Ademais, vale ressaltar que a autonomia privada coletiva se diferencia ainda da autonomia privada individual quanto as limitações de seus efeitos, uma vez que essa limita-se por meio do ordenamento jurídico, no que diz respeito as leis, aos bons costumes e a ordem pública.

A autonomia privada coletiva encontrava limitações, segundo Maurício Godinho Delgado, no princípio da adequação setorial negociada, que consistia na possibilidade de normas criadas em âmbito de negociação coletiva prevalecerem sobre as normas de ordem pública desde que fossem respeitado dois critérios:

- a) quando as normas autônomas juscoletivas implementarem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionarem setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta)⁸⁶.

Dessa forma, no que diz respeito ao primeiro critério há uma elevação dos direitos previstos na legislação pátria, por exemplo, o direito assegurado por meio de negociação coletiva ao piso salarial de determinada categoria, enquanto a lei prevê o salário mínimo. Portanto, por esse critério entende-se que deverá haver uma vantagem para o empregado.

Em relação ao segundo critério, é possível que haja a transação de determinadas parcelas trabalhistas, desde que estas não estejam na esfera de proteção do princípio da indisponibilidade absoluta, por exemplo, não poder ser flexibilizados os direitos inerentes à anotação na CTPS e ao registro do empregado.

Nesse sentido, são reputadas parcelas de disponibilidade relativa e, portanto, transacionáveis, somente em três incisos expressamente previstos no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil:

- VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

⁸⁶ DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Negociação Coletiva Trabalhista. **Revista LTr: Legislação do Trabalho**. São Paulo: LTr, v. 80, n. 12. dez/2016, p. 1422.

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada,

mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva⁸⁷.

Embora tais hipóteses sejam passíveis de negociação coletiva de forma expressa, deve-se frisar que não são passíveis de renúncia, pois, trata-se de verdadeiros princípios constitucionais.

Entretanto, com a reforma trabalhista o princípio da adequação setorial negociada perdeu um pouco sua importância, tendo em vista que o art. 611-A, da CLT, prevê diversos temas nos quais prevalecerá o negociado sobre o legislado, independentemente da observância dos dois critérios referidos no princípio. Contudo, Tal propósito legislativo, encontra limites nos princípios da adequação setorial negociada e da vedação de retrocesso, corroborando o caráter progressista do Direito do Trabalho, consagrado pela Constituição de República Federativa do Brasil de 1988.

Por tudo quanto exposto, conclui-se que apesar da autonomia privada coletiva ser derivada da autonomia privada individual, aquela vai por um caminho diametralmente oposto dessa, mas ambas objetivam a proteção dos direitos dos sujeitos, sejam eles singulares ou coletivos. Além disso, o princípio da adequação setorial negociada, após a reforma trabalhista, serve de limitador para as negociações.

Tendo em vista que o presente trabalho se relaciona com a análise da prevalência do negociado em face do legislado, se faz necessário realizar um estudo mais aprofundado da autonomia privada coletiva.

2.4.3 A natureza jurídica da autonomia privada coletiva

A autonomia privada coletiva, como já visto, é um poder conferido pelo ordenamento jurídico aos entes sindicais, de estabelecer normas coletivas de trabalho, a serem aplicadas nas relações de emprego, tendo como base os limites traçados pelas leis de ordem pública⁸⁸.

⁸⁷ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 2 maio 2018

⁸⁸ GARCIA, Gustavo, Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1281

Cabe destacar que a maior expressão da autonomia privada coletiva é realizada pelas entidades sindicais, de tal modo que será necessário fazer uma análise da natureza jurídica da autonomia privada coletiva da perspectiva desses.

Esse é um tema bastante discutido, em razão de ainda haver autores que entendem que a autonomia privada coletiva tem natureza jurídica de direito privado e, outros entendem que seria de direito público.

Arion Sayão Romita entende que diante de uma sociedade livre, pluralista e democrática, a autonomia privada coletiva não deveria ser enquadrada na esfera do direito público. No entanto, em razão dos grandes acontecimentos coletivos repercutirem sobre o interesse geral, como greves e convenções coletivas, os sindicatos colocam tais entidades nas fronteiras do direito público. Todavia, a autonomia privada coletiva deve ser tida como instituto de direito privado, em razão da pressão privada exercida sobre a esfera privada individual⁸⁹.

Entretanto, os autores que defendem a natureza jurídica da autonomia privada coletiva sendo de direito público entendem que os sindicatos são órgãos pertencentes ao Estado, como ocorre no Leste Europeu e no corporativismo italiano, conforme assegura Amauri Mascaro Nascimento.⁹⁰

É mister esclarecer, que o corporativismo italiano caracteriza-se por um intervencionismo maléfico para a sociedade, em razão de restringir a liberdade sindical e submete-lo ao Estado, que desempenha o papel de único dirigente da política socioeconômica e árbitro supremo dos conflitos sociais⁹¹.

O corporativismo italiano começou a ter influência no Brasil durante o sistema constitucional de 1937, e, por consequência afetou toda a configuração do Estado. Assim, embora os sindicatos apresentassem características de direito privado, diante de um Estado em que havia a centralização do poder, eles acabavam por sofrer fortes pressões

⁸⁹ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16. p. 1036

⁹⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1334

⁹¹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez 2007, p. 11. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr. 2018.

e exerciam funções delegada pelo poder público⁹². Por isso, alguns autores entendem que os sindicatos seriam órgãos do poder público.

Ainda no entendimento de que a natureza jurídica da autonomia privada coletiva é de direito privado, é necessário observar que a autonomia privada é um poder derivado, ou seja, constitui-se como fonte delegada, em que os grupos organizados tem o poder de criar normas sociais⁹³.

Assim, Gustavo Filipe Barbosa Garcia assevera que “no atual regime democrático, pautado pela liberdade sindical, não mais se admite o sindicato atrelado ao Estado, como órgão dele dependente ou exercendo funções delegadas pelo poder público⁹⁴.

Percebe-se, portanto, que é mais sensato o entendimento de que a natureza jurídica da autonomia privada coletiva é de direito privado, em razão do Estado brasileiro ser considerado um Estado Democrático de Direito em que não é possível a visualização de uma intervenção estatal exacerbada na esfera de proteção dos direitos coletivos. Além disso, tem o sindicato o papel de criar normas trabalhistas, por meio das negociações coletivas, que são consideradas derivado, ou seja, não emanam diretamente do Estado. Desse modo, deve prevalecer o entendimento de os sindicatos são de direito privado, em que deve ser assegurada a liberdade sindical pela legislação pátria.

⁹² SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez 2007, p. 11. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr. 2018.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. SUDATTI, Ariane Bueno; BATISTA, Fernando Pavan. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 13. Disponível em: <https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/05/teoria-da-norma-jurc3addica-norberto-bobbio.pdf>. Acesso em: 19 maio 2018.

⁹⁴ GARCIA, Gustavo, Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1335

3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A partir da compreensão da autonomia privada e todos os seus desdobramentos até a geração da autonomia privada coletiva, é preciso, ainda, analisar a negociação coletiva, sendo esse o procedimento de efetivação da autonomia privada coletiva, em que seu produto jurídico são os acordos e convenções coletivas.

Nota-se, pela própria experiência diária, que as relações de trabalho são cheias de conflitos entre empregados e empregadores, em razão da oposição de interesses, visto que é normal que aquele que disponha da força de trabalho busque melhores condições de labor e de salário. Por outro lado, os empregadores, que dispõem da atividade econômica, visam o lucro.

Em face desses conflitos existentes nas relações de trabalho foram criados três grupos como forma de solução, são eles: à autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. Segundo Maurício Godinho a principal diferença entre esses grupos está nos sujeitos envolvidos e na sistemática operacional da solução do conflito. Dessa forma, ocorre a auto tutela quando o sujeito busca afirmar seu interesse de forma unilateral. Já a heterocomposição, ocorre quando é necessário a interferência de um agente exterior à relação conflituosa. A autocomposição, por sua vez, ocorre quando o conflito é solucionado pelas próprias partes⁹⁵.

A solução desses conflitos podem se dar ainda de forma individual ou coletiva, diferencia-se em relação a sua abrangência, pois o individual vai se relacionar apenas como aquele indivíduo parte do conflito - auto tutela e heterocomposição - já o coletivo diz respeito a uma pluralidade de pessoas, que são representadas por órgãos sindicais, configura-se como autocomposição⁹⁶.

Dessa forma, a negociação coletiva é um dos métodos mais importantes de solução de conflitos, ela enquadra-se no grupo da autocomposição, uma vez que ocorrendo um conflito ele é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de terceiros alheios a

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2018, p. 1629.

⁹⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1382

situação. Além disso, a negociação coletiva é um dos pilares da sociedade democrática, no que diz respeito às relações coletivas de trabalho⁹⁷.

Nesse sentido, a negociação coletiva é forma de desenvolvimento do poder normativo dos grupos sociais, segundo a concepção pluralista, pois é por meio dessa que há a formação do direito positivo trabalhista não estatal, ou seja, não se reduz apenas a elaboração de normas pelo Estado. Sendo assim, a negociação coletiva está na base de formação do direito do trabalho⁹⁸.

Acrescenta-se, ainda, que a negociação coletiva como fonte de elaboração de normas positivadas tem efeito equilibrador, pois ora ela tende a proteção do direito dos trabalhadores, ora para a proteção da longevidade da empresa⁹⁹.

Percebe-se, portanto, que a negociação coletiva busca a adequação de interesses, ainda que esse seja contrapostos, observando sempre o momento e as condições em que o problema está inserido.

3.1 CONCEITO

Negociação, como a própria palavra traz, é o ato de negociar. O vocábulo negociar deriva de negócio, proveniente do latim *negotium*, que significa ocupação, trabalho. Assim, negociação *coletiva* para Arion Sayão Romita é aquela que envolve uma pluralidade de trabalhadores, podendo ser uma categoria profissional ou todos os empregados de uma empresa¹⁰⁰.

Neste passo, a negociação coletiva é um importante instrumento de melhoria e aperfeiçoamento das condições de contratação e gestão das relações laborais, tendo em vista, que essas são marcadas por conflitos em razão de interesses contrapostos. Percebe-se, portanto, que a negociação coletiva é tão importante para os empregados

⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Op.cit.*, 2014, p.1436.

⁹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascado. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 604.

⁹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1256.

¹⁰⁰ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1036

que ganhou status de direito fundamental dos trabalhadores, previsto na constituição como direito social¹⁰¹.

Assim, a negociação coletiva tem a função de ser fonte do direito, em razão de criar normas jurídicas que disciplinam as condições de trabalho a serem aplicadas às relações desenvolvidas em âmbito de sua esfera jurídica. Dessa forma, como fruto da autonomia privada coletiva, as convenções e os acordos coletivos constituem instrumentos essenciais para a resolução de conflitos¹⁰².

Destaca-se que a OIT – Organização Internacional do Trabalho – no art. 2º da Convenção nº 154, ratificada pelo Brasil em 1981, dispõe sobre a negociação coletiva:

negociação coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de fixar as condições de trabalho e emprego; ou de regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez¹⁰³.

Percebe-se que o conceito de negociação coletiva sempre está ligado a finalidade de solucionar os conflitos existentes nas relações de emprego, de modo que ao regular as relações entre empregadores e trabalhadores, visa uma melhor condição social para os obreiros, mas também um equilíbrio em relação a saúde da empresa.

Assim, na visão de Carlos Henrique Bezerra Leite, a negociação coletiva é “procedimento prévio, fruto do princípio da autonomia privada coletiva, que tem por objeto a criação de uma fonte formal – autônoma ou heterônoma – que solucionará o conflito coletivo de trabalho”¹⁰⁴.

Nesse passo, a negociação coletiva é a base de formação do Direito do Trabalho, em razão de se caracterizar como uma atividade típica de toda a estrutura deste ramo, em

¹⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com Comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2018, p. 248.

¹⁰² VILLELA, Fabio Goulart. A Reforma e a Previdência do Negociado Sobre o Legislado. In: AIDAR, Leticia; RENZETTI, Rogério; LUCA, Guilherme de (org.). **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 2017, p. 31

¹⁰³ BRASIL. Convenção Coletiva n. 154, de 19 de junho de 1981. **CONVENÇÃO SOBRE O INCENTIVO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA**. Disponível em:

<http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_154.html>. Acesso: 30 mar. 2018.

¹⁰⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 727.

que sua presença, tanto no tempo, quanto no espaço, independem da estrutura política ou ideológica em que se desenvolve¹⁰⁵.

No entanto, percebe-se ao longo da história que em sociedades mais democráticas, há uma maior atuação de grupos organizados, a exemplo dos sindicatos, e por consequência há uma maior negociação coletiva entre empregados e empregadores. Contudo, em Estados com regimes mais autoritários não é possível a visualização de uma grande atuação dos sindicatos, em razão de não haver uma maior liberdade de associação.

Destaca-se que a negociação coletiva não se confunde com o acordo ou convenção coletiva, pois essa é o meio utilizado pelas partes envolvidas para se chegar ao acordo ou convenção, ou seja, é um procedimento prévio obrigatório para se chegar na elaboração dos instrumentos coletivos.

Portanto, a negociação coletiva é entendida como procedimento necessário para se por fim aos conflitos coletivos, em decorrência da elaboração de acordos e convenções coletivas, que são os instrumentos necessários para a efetivação da autonomia privada coletiva.

3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS RELAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

As terríveis condições de trabalho impostas pela indústria, diante da combinação da Revolução Industrial, que levaram ao surgimento da máquina nos meios de produção e o advento do Estado Liberal, induziram os trabalhadores a se organizarem coletivamente para apresentar reivindicações aos empregadores. Essa atuação foi responsável pelas anotação e formação dos sindicatos¹⁰⁶.

Assim, em 1824, na Grã Bretanha, inicialmente em razão de alguns operários se reunirem para acertar suas reivindicações e, depois sempre em grupos, levavam as postulações aos respectivos patrões, houve o surgimento efetivo da negociação coletiva. Após a revogação da lei britânica que previa o delito de coalizão, que era a proibição associações

¹⁰⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascado. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 604.

¹⁰⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 12.

e reuniões, os grupos informais de trabalhadores foram se formando para assumir a função de negociar com os empregadores para que fossem respeitadas as condições de trabalho previstas nos contratos individuais. Nesse momento, nascia os acordos coletivos, que ainda não tinha eficácia *erga omnes*, como hoje, mas no ato da contratação deveria ser observado o que havia sido pactuado entre os sindicatos e os empresários¹⁰⁷. No ano de 1848, o sindicalismo inglês passou a admitir a negociação como forma de conciliação de interesses entre patrões e operários, tendo em vista que esse se fortaleceu ao conseguir acordar com os empresários a jornada de 10 horas de trabalho. Esse sindicalismo iniciado na Inglaterra se espalhou para França, que em 1884 adotou a lei de associação profissional, que permitiu que as pessoas da mesma profissão ou de profissões conexas se reunisse, desde que o objetivo fosse exclusivamente a defesa dos interesses profissionais e econômicos. Nos Estados Unidos o direito de associação foi reconhecido pelos tribunais, com base na Constituição¹⁰⁸.

A partir da lei francesa em que houve o reconhecimento da liberdade de associação sindical, diversos países passaram a inserir tal direito em seus textos constitucionais, como exemplo da Constituição de Weimar, de 1919, que assegura a liberdade de coalização para a defesa e melhoria das condições de trabalho e de produção, reconhece também a organização de trabalhadores e patrões¹⁰⁹.

Na França, em 1917, foi aprovada a criação da OIT – Organização Internacional do Trabalho – organismo especial vinculado à ONU, por meio do Tratado de Versalhes, em que foi reforçado o princípio geral da liberdade sindical pela adoção das convenções que tratavam mais especificadamente das questões relacionadas ao direito do trabalho, principalmente da associação sindical e da negociação coletiva¹¹⁰.

No ano seguinte, houve a Convenção nº 98 da OIT, que em seu art. 4º, dispôs com caráter geral sobre "os princípios de direito de sindicalização e de negociação coletiva", estatuiu que os Estados devem adotar medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o "uso de procedimentos de negociação voluntária, com o

¹⁰⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 17.

¹⁰⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 55.

¹⁰⁹ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 962.

¹¹⁰ *Ibidem, loc.cit.*

objetivo de regulamentar, por meio de contratos coletivos, as condições de emprego". Igualmente houve a Convenção n. 154, que tratava apenas sobre a negociação coletiva¹¹¹.

Segundo Maurício Godinho Delgado, a experiência dos países ocidentais, desde o século XIX, demonstram que uma diversificada negociação coletiva influencia de forma positiva na estruturação mais democrática do conjunto social. Entretanto, os países que não tinham uma negociação coletiva atuante e nem sindicatos, eram sociedades autoritárias, que fixavam-se apenas na norma heterônoma de regulação das relações de emprego. Assim, é importante observar, o quanto a negociação coletiva influencia diretamente no regime da sociedade¹¹²

Destaca-se que a história da criação dos sindicatos se confunde com a história da negociação coletiva, sendo essa criada primeiro, em razão da autonomia sindical ser instrumento da negociação coletiva¹¹³.

No Brasil em grande parte de sua história não houve uma fomentação a liberdade de associação, ainda que em outros países como Inglaterra e Estados Unidos já houvesse leis que a permitiam. Assim, na década de 30, pôde se visualizar o corporativismo, que consiste em uma intervenção exacerbada do Estado, em que os sindicatos, que seriam aqueles com capacidade de proteger e defender os empregados, mais eram considerados como órgãos do Estado, uma vez que suas funções eram delegadas pelo poder público¹¹⁴.

Acrescenta-se ainda, que com a promulgação da CLT em 1943 e o sindicato sofrendo intervencionismo do Estado, o sindicato vinculado ao Estado deixa de ter como principal função representar e defender os interesses dos operários por melhores condições de trabalho, passando a ter um grande peso político¹¹⁵.

¹¹¹ SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 24.

¹¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13.ed. São Paulo: LTr, 2014, p.1436 et seq.

¹¹³ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1038.

¹¹⁴ PEIXOTO, Aguimar Martins. Negociação Coletiva. Trabalho e Doutrina – Processo Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 20, marc. 99, p. 5.

¹¹⁵ MUNERATI, Ligia Ramia. A importância do Acordo Coletivo e da Convenção Coletiva no Direito do Trabalho e a Prevalência Destes Sobre os Textos Legais no Brasil e na Europa. **Revistas dos Tribunais**.. São Paulo: RT, v. 985. ano. 106. nov/17, p. 215.

Dessa forma, diante desse panorama histórico, percebe-se que os sindicatos não exerciam a negociação coletiva de maneira efetiva, em razão de não haver uma discussão real entre as partes, já que ele era controlado pelo Estado.

A passagem do corporativismo para o pluralismo democrático foi de extrema necessidade para os empregados, já que os sindicatos passaram a exercer sua real função de proteção e defesa dos empregados.¹¹⁶

Percebe-se, que os acordos e as convenções coletivas são os instrumentos coletivos que colocam fim aos conflitos gerados em âmbito coletivo.

A Constituição Federal de 1988, ao estruturar um Estado Democrático de Direito, em que colocou a pessoa humana como centro da ordem constitucional e, por consequência da ordem jurídica do país, é que se resgatou a negociação coletiva do estado de inércia em que ela estava, haja vista que assegurou direitos que garantem uma melhor condição social dos trabalhadores urbanos e rurais, além de garantir limites à disposição dos direitos trabalhistas tanto pela via da negociação coletiva quanto pela via individual¹¹⁷.

Outro ponto importante assegurado pela Constituição Federal de 1988 foi o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, ou seja, houve o reconhecimento efetivo da negociação coletiva, vez que esses são os instrumentos de concretização dessa¹¹⁸.

Entretanto, a negociação coletiva ganhou bastante destaque com a promulgação da Lei 13.467/2017, também conhecida como a Reforma Trabalhista, em que dispõe sobre a possibilidade de prevalência do negociado sobre o que está previsto na lei, tanto na Consolidação das Leis Trabalhistas quanto no previsto na Constituição Federal. Esse tema será estudado posteriormente na análise da negociação coletiva frente a essa nova lei.

¹¹⁶ MUNERATI, Ligia Ramia. A importância do Acordo Coletivo e da Convenção Coletiva no Direito do Trabalho e a Prevalência Destes Sobre os Textos Legais no Brasil e na Europa. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 985. ano. 106. nov/17, p. 215.

¹¹⁷ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. Prevalência do Negociado sobre o Legislado e a Negociação Coletiva na Nova Lei: Examinando Limites e Alcance Constitucional. In: COSTA, ÂngeloFabiano Farias; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli. (coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 454.

¹¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 7º, XXVI, Consituição Federal. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 maio 2018.

3.3 INSTRUMENTOS COLETIVOS – CONVENÇÃO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

Os acordos e as convenções coletivas são instrumentos de efetivação da negociação coletiva, uma vez que é por meio destes que o que ficou acordado entre os sindicatos profissionais da categoria e os empregadores ou entre os sindicatos de trabalhadores e os sindicatos econômicos seja colocado em prática.

Sendo assim, é necessário fazer uma análise mais aprofundada do que seria uma convenção coletiva e um acordo coletivo, explicando qual a natureza jurídica e a função de cada um.

3.3.1 Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho: definições

A Consolidação das Leis do Trabalho em seu art. 611, define convenção coletiva de trabalho como “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”¹¹⁹.

O acordo coletivo é definido no art. 611, §1º, da CLT, ao qual dispõe que o acordo coletivo é aquele celebrado entre o sindicato representativo da categoria profissional com a(s) empresa(s), em que tenham como objetivo a estipulação de condições de trabalho¹²⁰.

Nessa esteira, a convenção coletiva é resultado da negociação realizada entre entidades sindicais, seja de empregadores, quer seja de empregados. Assim, as entidades sindicais se dividem em categorias, a profissional - obreira, e a econômica - dos empregadores¹²¹.

Entretanto, o mesmo não é necessário para o acordo coletivo, visto que a exigência da presença do sindicato é apenas em relação a categoria profissional, as empresas podem se representar, sem a necessidade do sindicato patronal.

¹¹⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 611, *caput*, CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1441

Orlando Gomes em seu livro “A Convenção Coletiva de Trabalho”, assevera que a convenção coletiva é fruto de duas forças que se equivalem, os sindicatos de trabalhadores e o patronal, de modo que se deixa de lado o regime unilateral em que apenas as empresas determinavam as condições de trabalho, passando a ser bilateral, em razão dos sindicatos profissionais brigarem pela execução de um labor mais digno em igualdade com os sindicatos dos empregadores¹²².

Percebe-se, portanto, que os sindicatos, ao representar a categoria profissional têm muito mais chances de ganho na negociação coletiva do que se o empregado que negociasse sozinho. Dessa forma, tanto na convenção quanto no acordo coletivo é necessário a presença do sindicato dos trabalhadores.

3.3.2 Convenção e Acordo Coletivo: distinções

A principal distinção entre a convenção e o acordo está no que diz respeito a representação dos empregadores por meio do sindicato patronal, visto que é indispensável a presença desse para elaboração da convenção coletiva. Entretanto, no acordo coletivo a empresa individualmente ou em grupo, pode se subscrever, sozinhas. Outra distinção importante, diz respeito ao âmbito de abrangência dos instrumentos coletivos. O acordo coletivo é utilizado para atender uma demanda local, decorrente de um conflito entre a(s) empresa(s) e seus empregados¹²³.

A convenção coletiva, por sua vez, é ajustada para toda uma categoria, assim, qualquer alteração na convenção coletiva vai diz respeitar a todos os empregados e empregadores daquele determinado ramo naquela base territorial, ainda que os empregados não estejam associados aos sindicatos, a convenção coletiva terá eficácia no contrato individual de trabalho dele.

É necessário pontuar, que nas situações em que as categorias não forem organizadas em sindicatos, essas poderão ser substituídas pela federação¹²⁴, ou ainda na falta dessa,

¹²² GOMES, Orlando. **A Convenção Coletiva de Trabalho**. ed fac-similada. São Paulo: LTr, 1995, p. 42

¹²³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 1278

¹²⁴ As federações são formadas por número não inferior a cinco sindicatos, sendo constituída por Estados (art. 534, CLT).

pela confederação¹²⁵. Essa é uma regra que está prevista no art. 611, § 2º, da CLT, e é aplicada tanto para as convenções quanto para os acordos coletivos¹²⁶.

Percebe-se, portanto, que apesar do acordo e da convenção coletiva serem os instrumentos normativos da negociação coletiva, eles diferem muito, sendo necessário saber em qual momento aplicar cada uma delas, para que produza os efeitos necessários.

3.4. NATUREZA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS

A negociação coletiva, como já se analisou, é uma negociação realizada entre os sindicatos dos trabalhadores e o sindicato patronal ou a empresa individualmente, formando-se, portanto, os instrumentos normativos, as convenções coletivas e os acordos coletivos, respectivamente.

É necessário frisar que apesar dos acordos e convenções serem elaborados em decorrência da negociação coletiva, a natureza jurídica de ambos não se misturam. Percebe-se, que a doutrina por vezes utilizou a nomenclatura da convenção coletiva para tratar da convenção coletiva o que de certa forma está errado, em razão de serem institutos diferentes¹²⁷.

Isto posto, é necessário destacar que diante do poder de fonte do direito positivo conferido a negociação coletiva e por sua fundamental importância na resolução de conflitos das relações trabalhistas, se faz necessário determinar claramente a sua natureza jurídica, para dessa maneira estabelecer seus alcances e sua exata situação.

Cumprido esclarecer que não é objetivo do presente trabalho uma ampla análise acerca das diversas teorias que trata sobre a natureza jurídica dos instrumentos normativos da negociação coletiva. O que se pretende é identificar as principais correntes a fim de se demonstrar em que ponto central se reside a discussão em torno da natureza jurídica, e indicar o posicionamento adotado.

¹²⁵ As confederações configuram-se por no mínimo três federações, com âmbito nacional, e sede no Distrito Federal (art. 535, da CLT)

¹²⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 611, § 2º, da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

¹²⁷ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 728.

Destaca-se que esse é um tema que já foi discutido e analisado por diversos autores para que se chegasse a um acordo pacífico sobre a natureza jurídica, no entanto, por estar em constante evolução teórica foram criadas diversas teorias para tentar explicar a natureza jurídica do referido instituto.

3.4.1 Teoria Contratualista

A teoria contratualista determina-se pelo caráter obrigacional dos instrumentos normativos, em razão da sua origem ser emanada da vontade das partes contratantes e sua aplicação, está relacionada ao âmbito restrito daqueles que se obrigaram¹²⁸.

Percebe-se, portanto, que os instrumentos normativos analisados por meio da teoria contratualista são vistos como um contrato, em decorrência do momento histórico no qual o fenômeno da convenção coletiva de trabalho é positivado, pois estava em ascensão as teorias contratuais que já haviam sido cristalizadas na doutrina, e foi por isso que se tentou promover, a adequação da convenção coletiva às teorias contratualistas do direito civil.

Entretanto, os instrumentos normativos se diferenciam do contrato no que diz respeito a extensão, o segundo é realizado de forma individual e tem efeito *inter partes*, já o primeiro é elaborado diante de uma coletividade e pode ter efeito tanto *erga omnes* quanto *inter partes*¹²⁹.

Destaca-se, ainda, que a teoria contratualista ou também conhecida como civilista, tem como exemplo a teoria de mandato, da gestão de negócios, da estipulação em favor de terceiro, teoria da personalidade da moral fictícia e da representação legal¹³⁰.

¹²⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1416

¹²⁹ RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995. p. 339

¹³⁰ O enfoque do presente não é tratar sobre as demais teorias contratualistas, mas só exemplificar que elas existem. Sendo assim, analisaremos cada teoria individualmente: a) teoria do mandato configura-se a partir da representação realizada pelos sindicatos aos empregados e empregadores e ao exercer essa função os sindicatos agem como mandatários. Essa teoria já foi superada. b) A teoria de gestão de negócio ou quase contrato “baseiam-se na teoria de que os sindicatos atuam como gestores de negócios em benefício do empregado e do empregador. c) Teoria da estipulação em favor de terceiro: parte da premissa que quando o sindicato, representando os trabalhadores, ajusta condições de trabalho com o(s) empregador(es), o faz em favor de terceiros. d) Teoria da personalidade moral fictícia: essa teoria confere ao sindicato personalidade jurídica, e assim, ele agiria em nome próprio para a defesa de seus próprios interesses. e) Teoria da representação legal: por essa teoria o sindicato seria o representante da categoria

Essa teoria se mostrou debilitada, em razão de não observar as diferenças existentes entre o tipo de acordo vinculatório dos seres coletivos trabalhistas e os tipos de contratos civis mencionados. Além disso, por não darem a adequada relevância ao caráter normativo de tais instrumentos.

3.4.2 Teoria Extracontratual

As teorias extracontratuais surgiram como uma forma de reação às insuficiências contratualistas, por essa razão buscou-se a força obrigatória dos instrumentos coletivos de trabalho em outros critérios ou argumentos que não fossem o receituário contratual civilista.

A teoria extracontratual também é conhecida como teoria de transição ou mista, em que tem seu maior exemplo nas teorias do pacto social; teoria da solidariedade necessária; teoria do uso e costume industrial e teoria da representação legal¹³¹.

Percebe-se, portanto, que essa teoria é tão falha quanto a anterior, em razão dessa abandonar as noções de contrato por completo, sendo necessário apenas a inclusão dos institutos negociais coletivos com suas especificidades.

3.4.3 Teoria Normativa

A teoria normativa enfatiza que os instrumentos normativos tem natureza jurídica de ato jurídico normativo, em razão da norma jurídica ser concebida pelo Estado e o acordo e a convenção coletiva serem fruto da autonomia coletiva dos grupos profissionais¹³².

porque assim determinou a lei. (CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1269.).

¹³¹ Não é o objetivo deste trabalho analisar cada teoria, mas apenas como forma de entendimento acerca do assunto serão explicitadas. a) teoria do pacto social: entende-se que o empregado celebra o pacto social ao aceitar a decisão da maioria quando ingressa no sindicato. b) teoria da solidariedade necessário: pressupõe que o indivíduo analisado de forma isolada como trabalhador ou empregador, está subordinado à vontade da maioria. c) teoria do uso e costume industrial: disciplina que a convenção coletiva tem seus fundamentos nos usos e costumes industriais, trazendo para suas cláusulas a materialização destes costumes. (CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1270.).

¹³² BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LT, 2012, p. 998

Por essa teoria entende-se que há um afastamento da convenção e do acordo coletivo da ideia de contrato (acordo de vontades), pois os instrumentos normativos enfatizam a realidade normativa dos diplomas coletivos, mas não o subordinam à vontade dos sujeitos contratantes, ainda que coletivos¹³³.

A teoria normativa concebe os instrumentos coletivos como norma geral e abstrata, que, no caso do sistema jurídico pátrio, abrange todos os membros da categoria profissional, independentemente de ser associado ou não. Assim, só é possível o reconhecimento dos instrumentos coletivos como norma, pois o Estado vive o momento do pluralismo jurídico, em que a norma não se esgota no Estado, mas é possível a criação de normas por grupos sociais com o objetivo de se organizarem. É o que ocorre com o sindicato, que por meio da negociação coletiva elabora os instrumentos coletivos de trabalho, convenção e acordo coletivo¹³⁴.

É de se pontuar que a teoria normativa também é conhecida como teoria jurídico-social, normativa ou regulamentar. Tem como maiores exemplos: as teorias da instituição corporativa; teoria regulamentar; teoria da lei delegada¹³⁵

Essa teoria, assim como as contratualistas, são debilitadas. A teoria normativa traz a ideia de ajuste entre a vontade das entidades coletivas, que é essencial para a democratização da negociação coletiva. Entretanto, ela ofusca o papel dos seres coletivos, o que acabava por denunciar o viés autoritário que se associou a algumas das teorias normativistas¹³⁶. Já a teoria contratualista, por sua vez, não fez a diferenciação adequada dos acordos elaborados em caráter coletivo, dos acordos realizados individualmente, o que acaba por gerar uma confusão, tendo em vista que o grau de abrangência é completamente

¹³³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1467

¹³⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. SUDATTI, Ariane Bueno; BATISTA, Fernando Pavan. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 13. Disponível em: <<https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/05/teoria-da-norma-jurc3addica-norberto-bobbio.pdf>>.

Acesso em: 19 maio 2018.

¹³⁵ O presente trabalho não se debruça sobre os desdobramentos de cada teoria, mas apenas analisa a teoria de uma forma geral, mas por uma questão de exemplificação, as teorias são: a) teoria da instituição corporativa: a norma coletiva é a expressão da vontade corporativa do grupo produtivo, independente da homologação, requisitos ou ratificações impostas pelo Estado. Teoria não adotada no Brasil. b) teoria regulamentar: defende que a norma contida no instrumento coletivo é a lei interna da profissão ou daquela categoria. c) teoria da lei delegada: indica que o Estado delega ao sindicato o poder de promulgar leis profissionais, regulamentando as condições de trabalho (CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1270).

¹³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 1468

diferente de um para o outro. Além disso, ambas as teorias não dão a devida importância às normas coletivas, seja por não reconhecer a relevância das normas coletivas, seja por não reconhecer os sujeitos coletivos, teoria contratualista e teoria normativa, respectivamente.

Percebe-se, portanto, que nenhuma das teorias citadas anteriormente está completamente apta para ser aplicada, mas a teoria que mais é aceita na doutrina trabalhista por melhor explicar a natureza jurídica dos instrumentos coletivos seria a teoria normativa, que tem como exemplo, a teoria do ato ou contrato-regra¹³⁷.

Assim, analisado em conjunto, o convênio coletivo é ambíguo, pois tem corpo de contrato e alma de lei, na lição de CARNELUTTI. Os convênios coletivos seriam contrato porque as relações formuladas seriam realizadas pelos sindicatos convenentes e acordantes e, seriam lei, pois criam normas abstratas, gerais e indeterminadas, para atingir um grupo indeterminado de trabalhadores e patrões.

3.5 LEGITIMAÇÃO PARA NEGOCIAÇÃO

A negociação coletiva, como já analisado, é a negociação realizada pelo sindicato de trabalhadores e o sindicato patronal ou a empresa individualmente, para buscar a solução mais adequada para o conflito existente.

Sendo assim, é necessário nesse momento analisar quem são as partes legítimas para realizar a negociação, para que esta produza seus efeitos jurídicos.

3.5.1 Sindicatos e empresas

A Constituição Federal dispõe no art. 8º, VI, a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas. Ao prever tal determinação ela exclui a possibilidade das negociações coletivas serem realizadas por grupos de trabalhadores, como os comitês de greves¹³⁸.

¹³⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 462.

¹³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 608

Percebe-se pelo referido artigo que o sindicato é o sujeito legitimado para realizar a atividade negocial. Entretanto, como já analisado, os acordos coletivos não necessariamente preveem a participação obrigatória dos sindicatos representativos das empresas, podendo estes representarem-se individualmente, tendo em vista que os acordos coletivos visam solucionar conflitos da empresa e não de uma determinada categoria, como as convenções.

Dessa forma, nos acordos coletivos só é necessário a participação do sindicatos representativo dos trabalhadores, em razão de não ser permitido que grupos de trabalhadores se representem individualmente. Apesar de tal preceito contrariar a literalidade do previsto no texto constitucional, a jurisprudência entendeu que não seria inconstitucional, tendo em vista que pelos acordos se relacionarem a uma ou mais empresas específicas, estas poderiam se representar, ao contrário do que ocorre com as convenções, que tem uma abrangência muito maior, por se relacionarem à categorias tanto profissionais quanto dos patronos.

Entretanto, nas convenções coletivas é necessário a presença tanto do sindicato patronal quanto do sindicato dos trabalhadores, conforme determina o art. 611, da CLT¹³⁹, ao conceituar a convenção coletiva. Essa regra é prevista, pois as convenções tem uma atuação muito maior que os acordos, ela abarca toda a categoria daquele determinado seguimento dentro de uma determinada localidade, portanto, tem um nível maior de importância que os acordos. Além disso, por se tratar da categoria, as convenções são aplicadas para além dos seus associados, apesar dos acordos não tratarem de categorias, mas de um grupo específico, eles também são aplicados a quem não for associado do sindicato.

Portanto, os sindicatos de modo geral são os legitimados para realizarem a negociação coletiva e, conseqüentemente, elaborar os instrumentos normativos decorrentes dessa.

¹³⁹ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 611, da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

3.5.2 Federações e Confederações

Além dos sindicatos, também são considerados sujeitos legítimos para a realização da negociação coletiva as federações e as confederações. Entretanto, tal atuação só é possível em situações residuais, em que não haja associação sindical¹⁴⁰.

As federações e as confederações são consideradas associações sindicais superiores ou de segundo grau, tendo em vista que os sindicatos, propriamente dito, são tidos como associação sindical de base. Assim, as federações e confederações só podem agir quando inexistir, naquela base territorial, sindicato¹⁴¹.

As federações são formadas por número não inferior a cinco sindicatos, sendo constituída por Estados (art. 534, CLT). Assim, os sindicatos tem a faculdade de quando, em número não inferior a cinco, desde que representem a maioria absoluta de um grupo de empregadores ou empregados, organize-se em federações. As confederações configuram-se por no mínimo três federações, com âmbito nacional, e sede no Distrito Federal (art. 535, da CLT). Dessa forma, as confederações são formadas por federações de sindicatos de empregadores ou empregados¹⁴².

Assim, a legitimação dada as federações e confederações é extraordinária ou subsidiária, em razão de sua atuação está adstrita a inorganização de uma entidade sindical em uma determinada base territorial. Portanto, as federações e, na falta dessas, as confederações, são sujeitos legítimos a atuarem na negociação coletiva, em razão de substituírem os sindicatos da categoria. Dessa forma, só é possível a substituição nas convenções coletivas, em razão dos sindicatos representarem uma determinada categoria¹⁴³.

O artigo 611, § 2º, da CLT, prevê de forma expressa que as Federações e na falta dessa, as Confederações, terão legitimidade para celebrar convenções coletivas de trabalho e reger as relações da categoria a elas vinculadas, inorganizadas em sindicatos¹⁴⁴.

¹⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 776.

¹⁴¹ GARCIA, Gustavo, Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1399.

¹⁴² GARCIA, Gustavo, Felipe Barbosa. *Op.cit.*, 2015, p. 1339 et. seq.

¹⁴³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1281.

¹⁴⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 611, § 2º, da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

Por outro lado, o legislador dispôs que só é possível a atuação das Federações e Confederações nos acordos coletivos quando não houver interesse do sindicato em atuar em determinada negociação coletiva. Ainda é possível a atuação direta dos empregados nos casos de todas as entidades falharem ou não atuarem (art. 617, § 1º, da CLT)¹⁴⁵.

3.4.3 Centrais sindicais: legitimidade?

As centrais sindicais são órgãos de classe e exercem importante papel na sociedade, por atuarem não só em conjunto com os sindicatos, buscando melhores condições de trabalho, mas em matérias de interesse social¹⁴⁶.

Nessa esteira, o título de centrais sindicais reconhecido as entidades com filiação mínima de 100 sindicatos nas cinco regiões do país, não o faz ter legitimidade para participar da negociação coletiva. Nas palavras de Vólia Cassar “apesar da nomenclatura “centrais sindicais” defendemos que elas não pertencem ao sistema sindical e, por isso, não podem efetuar acordo coletivo, convenção coletiva, homologar rescisão ou negociar coletivamente”¹⁴⁷.

A Lei 11.648/08, reconheceu, formalmente, as centrais sindicais no ordenamento jurídico pátrio e determinou que seus objetivos seriam coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e participar de negociações em fóruns, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores. Contudo, apesar de ser conferido as centrais sindicais natureza jurídica de direito privado e, elas se formarem a partir de organizações sindicais de trabalhadores, isso não confere a ela a integração no sistema sindical brasileiro¹⁴⁸.

Portanto, não é porque a formação das centrais sindicais deriva da junção de entidades sindicais com legitimidade para atuarem, individualmente, na negociação coletiva que essa passará para as centrais sindicais.

¹⁴⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 611, § 2º, da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

¹⁴⁶ GARCIA, Gustavo, Felipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1341.

¹⁴⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1243

¹⁴⁸ GARCIA, Gustavo, Felipe Barbosa. *Op.cit.*, 2015. p. 1342.

Dessa forma, as centrais sindicais não tem legitimidade para atuarem na negociação coletiva, nem participar da elaboração dos instrumentos coletivos, acordos e convenções coletivas.

3.6 CONTEÚDO

Os instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva têm como conteúdo principal a melhoria das condições sociais dos trabalhadores, em que, excepcionalmente serão admitidas condições que não sejam favoráveis ao trabalhador¹⁴⁹.

Além disso, o conteúdo da convenção e do acordo coletivo se concretizam por meio das cláusulas normativas e obrigacionais. As cláusulas normativas tem o papel de fixar condições genéricas de trabalho, como por exemplo, adicional noturno. Essas cláusulas, na visão de Vólia Cassar, se dividem em econômicas, sociais e de adaptação. As econômicas se relacionam com às condições de trabalho, criando deveres ou vantagens aos trabalhadores, enquanto que as sociais representam apoio social as trabalhadores e, as cláusulas de adaptação diz respeito a adequação entre os direitos dos trabalhadores e à realidade econômica da empresa¹⁵⁰.

Dessa forma, percebe-se que as cláusulas normativas que compõe o conteúdo dos instrumentos normativos são destinadas a regulamentar os contratos individuais de trabalho já existentes e os que virão a ser criados, respeitando os direitos dos trabalhadores previstos. A normas jurídicas compõem a maior parte dos instrumentos coletivos.

Nessa esteira, há ainda as cláusulas obrigacionais, também conhecidas como cláusulas contratuais, que são aquelas que criam direitos e obrigações para as respectivas partes convenientes, isto é, obrigam apenas as entidades sindicais, no caso das convenções coletivas e o sindicato e a empresa, nos acordos coletivos. São exemplos de cláusulas

¹⁴⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 740.

¹⁵⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1275.

obrigacionais as contribuições sindicais que um sindicato conveniente é obrigado a pagar ou repassar a outra¹⁵¹.

Assim, as cláusulas obrigacionais são aquelas que estabelecem as condições do cumprimento do pacto coletivo, de modo a evitar que as matérias já solucionadas por meio dos instrumentos coletivos sejam objeto de nova discussão no período de vigência dos acordos e convenções coletivas.

A doutrina aponta, ainda, outra classificação para o conteúdo dos pactos coletivos trabalhistas. Vólia Cassar, por exemplo, refere-se as cláusulas normativas, cláusulas obrigacionais e cláusulas de garantia. As últimas destinam-se a regular o próprio instrumento coletivo, como vigência, eficácia e duração.¹⁵² Entretanto, na visão de Maurício Godinho, as cláusulas de garantias teriam natureza de regras jurídicas e não de cláusulas meramente contratuais¹⁵³.

Portanto, o conteúdo dos instrumentos normativos são compostos pelas cláusulas normativas ou regras jurídicas e pelas cláusulas contratuais ou cláusulas obrigacionais, há ainda, autores que entendem haver uma subclassificação das cláusulas normativas, nas quais se dividem em econômicas, sociais e de adaptação. Além disso, doutrinadores, a exemplo de Vólia Cassar, entende que haveria ainda as cláusulas de garantia, que são as cláusulas, por exemplo, previstas nas convenções coletivas que garantem o reajuste salarial da categoria. Entretanto, esse não é um entendimento pacificado, mas apenas utiliza-se por uma questão de didática.

3.6 REQUISITOS DE EXISTÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS

Os instrumentos coletivos de trabalho para que existam é necessário que haja uma negociação coletiva em que se estabeleça condições de trabalho e essa negociação deve ser realizada pelos sindicatos representativos das categorias profissionais e patronal, no

¹⁵¹ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017, p. 1577.

¹⁵² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1275.

¹⁵³ DELGADO. Maurício Godinho. *Op. cit.*, 2017, p. 1577.

caso das convenções coletivas e, dos sindicatos dos trabalhadores e das empresas representadas individualmente, no caso dos acordos coletivos.

Dessa forma, a Constituição dispõe no art. 8º, VI, assegura que é necessária a presença das entidades sindicais para que ocorra a negociação coletiva. Sendo assim, basta apenas que haja uma negociação e que essa seja realizada pelas entidades sindicais em busca de melhores condições de trabalho, para que os requisitos de existência da negociação coletiva seja satisfeito.

Nesse passo, não basta apenas a observância aos requisitos de existência, deve ser assegurado também os requisitos de validade e, esses estão previstos no art. 613 e 614 da CLT¹⁵⁴. Vólia Cassar considera requisitos de validade dos convênios coletivos: a) que seja escrito; b) conste o prazo de vigência (máximo de 2 anos); c) a negociação coletiva seja autorizada por assembleia sindical respeitando o quórum mínimo; d) depósito de uma via do instrumento coletivo na DNT¹⁵⁵ ou no Ministério do Trabalho, bem como a necessidade da fixação de cópias do ajuste normativo, em local visível¹⁵⁶.

A eficácia está relacionada com a vigência dos instrumentos normativos, uma vez que respeitados os pressupostos de existência e de validade, ele está apto a produzir seus efeitos. Sendo assim, é previsto que os acordos ou convenções coletivas entrarão em vigor a partir de sua assinatura e terão vigência máxima de dois anos (art. 614 da CLT¹⁵⁷). Na prática, é possível que esse prazo seja diminuído para um ano. Entretanto, qualquer cláusula que determine vigência superior à legal ou vigência indeterminada, será considerada nula, conforme determina a OJ nº 322 da SDI-I do TST¹⁵⁸.

Destaca-se que com a redação dada pela Lei 13.467/17 ao art. 614, §3º da CLT, restou proibida o efeito da ultratividade¹⁵⁹ das normas coletivas previsto no antigo entendimento

¹⁵⁴ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 613 e 614, CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

¹⁵⁵ Departamento Nacional do Trabalho.

¹⁵⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 1271.

¹⁵⁷ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 614, CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

¹⁵⁸ BRASIL. **Orientações Jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho**. OJ nº 322 da SDI-I do TST. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm>. Acesso em: 2 maio 2017.

¹⁵⁹ Entende-se por efeito de ultratividade, que as normas decididas em sede de negociação coletiva poderiam ser incorporadas ao contrato individual de trabalho, mesmo após o período de vigência, até nova norma coletiva ser celebrada entre as partes.

do TST, espelhado na Súmula 277 do TST¹⁶⁰, uma vez que a nova lei prevê que os convênios coletivos terão prazo máximo de dois anos, não podendo esse ser ultrapassado. Portanto, não haveria mais a possibilidade de acordos e convenções coletivas continuarem produzindo efeito após esse prazo. Por essa razão a Súmula 277 do TST perdeu sua eficácia.

Dessa forma, se faz necessário analisar os limites previstos no texto constitucional, em razão da negociação coletiva só ser possível se estiver dentro dos parâmetros mínimos estabelecidos na Constituição.

¹⁶⁰ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op.cit.*, 2017, p. 1273.

4 A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO EM DETRIMENTO DO LEGISLADO: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 611-A, DA CLT

A prevalência do negociado em detrimento do legislado teve seu apogeu com a Lei 13.467/17, também conhecida como Reforma Trabalhista. Essa lei introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o art. 611-A, em que há previsão de diversas situações em que haverá a prevalência da negociação coletiva sobre o que está previsto nas leis do ordenamento jurídico.

Esse é um tema que tem causado bastantes discussões, tendo em vista que a maior parte da doutrina entende que é possível que haja uma negociação, como era prevista nos moldes anteriores a lei, mas desde que fosse respeitado o que estava previsto no ordenamento.

O legislador ao formular a reforma trabalhista e a prevalência do negociado em face do legislado em relação a algumas matérias, tinha como objetivo dar maior liberdade às partes de contratar além dos limites impostos pela lei, ou seja, permite-se que um empresa possa encontrar uma melhor solução para os problemas ocupacionais, de horário e modalidade de prestação de serviço por meio de uma negociação coletiva¹⁶¹

Entretanto, apesar da boa intenção da elaboração da reforma trabalhista, ela não pode ser aplicada sem que seja observados os limites impostos na legislação vigente, tendo em vista que várias estratégias empresariais são utilizadas para que ocorra o enfraquecimento dos trabalhadores. Além disso, as empresas, em sua maioria, só visam o lucro, não se preocupam em oferecer um trabalho digno para os seus empregados.

Por situações de desrespeito aos direitos do trabalhadores é que a Constituição, no art. 7º, dispõe sobre a busca de melhores condições sociais do trabalhador, isso é resultado do reconhecimento de uma posição de desvantagem dos trabalhadores urbanos e rurais em comparação com a outra parte da relação jurídica. Assim, alguns dos direitos previstos constitucionalmente são tidos como indisponíveis, ou seja, devem ser vistos como patamar mínimo a ser respeitado para que haja um labor com dignidade.

¹⁶¹ MUNERATI, Ligia Ramia. A importância do Acordo Coletivo e da Convenção Coletiva no Direito do Trabalho e a Prevalência Destes Sobre os Textos Legais no Brasil e na Europa. **Revistas dos Tribunais**.. São Paulo: RT, v. 985. ano. 106. nov/17, p. 217.

No Brasil, os acordos e convenções coletivas estão submetidos ao princípio da progressividade dos direitos sociais, previsto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Assim, entende-se que a autonomia privada coletiva está adstrita a função social, ou seja, essa só deverá ser exercida para a tutela da coletividade representada, em que se deve buscar uma melhor condição de trabalho para os empregados¹⁶². Nessa linha de pensamento, qualquer norma infraconstitucional que se relacione com a autonomia privada coletiva deve ser interpretada a partir da Constituição, sendo essa considerada a norma norteadora do ordenamento jurídico.

O Direito do Trabalho regido pelo princípio da progressividade dos direitos sociais assegura que os direitos conquistados ao longo da história, configuram-se como um patamar mínimo alcançado, de modo que não poderá ser objeto de mitigação ou de retrocesso¹⁶³. Sendo assim, muitos autores da atualidade, a exemplo de Fábio Goulart Villela, ao tratarem da prevalência do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista preocupam-se com a redução, ou mesmo a supressão, de direitos em sede de negociação coletiva, por entenderem que gera uma consequente precarização das relações de trabalho¹⁶⁴.

Com a promulgação da Lei 13.467/17 houve uma ampliação significativa do espaço da negociação coletiva, transferindo uma margem considerável de conteúdo da legislação para o âmbito do negociado coletivamente¹⁶⁵: jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; banco de horas anual; intervalo intrajornada; adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE); plano de cargos, salários e funções; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso,

¹⁶² SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia Privada Coletiva e Hierarquia Normativa na Lei n. 13.467/2017: a Questão do Legislado e do Negociado. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da Costa; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli (Coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 478.

¹⁶³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista e Crise Econômica: Negociado versus Legislado. **Desafios da Reforma Trabalhista**. GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freiras; MARTINEZ, Luciano (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 163.

¹⁶⁴ VILLELA, Fábio Goulart. A Reforma e a Previdência do Negociado Sobre o Legislado. In: AIDAR, Letícia; RENZETTI, Rogério; LUCA, Guilherme de (org.). **Reforma Trabalhista e Reflexos no Direito e Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 35.

¹⁶⁵ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Brito. Prevalência do Negociado sobre o Legislado e a Negociação Coletiva na Nova Lei: Examinando Limites e Alcance Constitucional. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli. (coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 448.

e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho; troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres; prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; participação nos lucros ou resultados da empresa¹⁶⁶.

É imperioso destacar, que alguma das matérias tratadas no art. 611-A, da CLT, foram objeto de proteção mais intensa por parte da jurisprudência trabalhista ao longo da história, por se tratarem de medidas de saúde e segurança do trabalhador. O intervalo intrajornada de uma hora, por exemplo, previsto por norma de ordem pública, em que sua irredutibilidade por meio de negociação coletiva era prevista por meio da Súm. nº 437 do TST, agora, com a promulgação da reforma trabalhista é possível haver a redução por meio de negociação coletiva¹⁶⁷.

Percebe-se assim, que direitos que antes eram consagrados pela jurisprudência, que versavam sobre a saúde do empregado foram reduzidos ou, por vezes, suprimidos, o que afronta diretamente a constituição, por investir contra norma de saúde e segurança, invulnerável à atuação derogatória da negociação coletiva. Tal regra está disposta no art. 7º, XXII, da CF¹⁶⁸.

Entretanto, o legislador ao não dispor expressamente sobre as regras de duração do trabalho e intervalos no art. 611-B, da CLT, que versa sobre os direitos que não são passíveis de acordo e convenção coletiva, fez constar de forma indireta que essas regras não são consideradas como normas de higiene, saúde e segurança do trabalho, o que afronta diretamente o previsto na Constituição¹⁶⁹. Assim, a tentativa de flexibilizar o Direito do Trabalho ou de esvaziar o conceito de saúde e segurança do trabalho não se

¹⁶⁶ BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Art. 611-A, da CLT. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 13 maio 2018.

¹⁶⁷ JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; NETO, Planton Teixeira de Azevedo. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017, p. 279.

¹⁶⁸ BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁶⁹ MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista – entenda o que mudou: CLT Comparada e Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 187.

sustentam em termos normativos, em razão de não ser possível ter um ambiente de trabalho saudável se os trabalhadores prestam serviço em exaustão.

Nessa esteira, um ambiente de trabalho que esteja em desacordo com as normas de higiene, saúde e segurança do trabalho constitui um dos fatores de agressão aos trabalhadores, tendo em vista que esses lutaram e ainda lutam por condições dignas de trabalho, de modo que não observância desses termos acaba por gerar um distanciamento do referencia de trabalho digno, e há uma consequente afronta ao princípio da dignidade humana¹⁷⁰.

Dessa forma, não é possível haver uma flexibilização muito grande nos direitos trabalhistas, principalmente nos que se relacionam com as jornadas de trabalho, uma vez que o objetivo de proteger a saúde do empregado torna-se impossível diante de jornadas excessivas, a exemplo da possibilidade de redução do intervalo intrajornada, visualizada na lei 13.467/17.

Além disso, ao trazer matérias em que é possível haver a prevalência do negociado em face do legislado no art. 611-A, da CLT, pretendeu-se alterar os parâmetros da hierarquia normativa do ordenamento jurídico brasileiro, em que tem-se a constituição como norma suprema, para adotar um sistema estático, em que, conforme entendeu Kelsen, as normas são deduzidas a partir de uma norma básica, que são normas que prevê comportamentos morais¹⁷¹. Nas palavras de Kelsen:

Da norma segundo a qual devemos amar o nosso próximo podemos deduzir as normas: não devemos fazer mal ao próximo, não devemos, especialmente, causar-lhe a morte, não devemos prejudicá-lo moral ou fisicamente, devemos ajudá-lo quando precise de ajuda. Talvez se pense que a norma da veracidade e a norma do amor do próximo se podem reconduzir a uma norma ainda mais geral e mais alta, porventura a norma: estar em harmonia com o universo. Sobre ela poderia então fundar-se uma ordem moral compreensiva¹⁷².

¹⁷⁰ PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Saúde, Higiene e Segurança no Trabalho no Contexto do Trabalho Digno – A Fragmentação do Meio Ambiente de Trabalho Operada pela Reforma Trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 400.

¹⁷¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia Privada Coletiva e Hierarquia Normativa na Lei n. 13.467/2017: a Questão do Legislado e do Negociado. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da Costa; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli (Coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 478.

¹⁷² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 147. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

Destaca-se que além do princípio da progressividade dos direitos sociais trabalhista outro princípio norteador do Direito do Trabalho é o da aplicação da norma mais favorável, sendo ele determinante no momento da análise da hierarquia das normas trabalhistas, em razão da prevalência da norma mais benéfica ao trabalhador. Dessa forma, só poderia ser admitida a prevalência da negociação coletiva em face da legislação trabalhista, segundo o modelo constitucional em vigor, caso houvesse o objetivo de aprimoramento e de elevação do patamar de direito dos empregados, caso contrário, não seria possível, em razão de contrariar a essência do Estado Democrático de Direito¹⁷³.

Dessa forma, entende-se que o art. 611-A, da CLT, no qual prevê temas que podem ser objeto de negociação coletiva deve estar adstrito ao previsto na Constituição, em razão de sua aplicação não ser considerada inconstitucional.

4.1 HIERARQUIA DAS NORMAS E A TEORIA DAS FONTES NO DIREITO

A noção de fonte do direito tem origem apenas no século XIX, no entanto a ideia de fonte é difundida a partir do momento em que um direito positivo adquire complexidade, pois é comum que os juristas identifiquem os meios de conhecimento do direito, com intuito de revelarem as normas jurídicas vigentes¹⁷⁴.

Posteriormente, tentaram diferenciar as fontes, classificando-as em fontes do direito escrito e não escrito. Essa classificação acabou por gerar uma desordem na Idade Média, pois passou a ser exigido que o direito em sua origem se revestisse da forma escrita, de modo que tornou-se necessário que um costume escrito fosse considerado direito não escrito. Após esse caos foram criadas outras formas de classificação das fontes, até se chegar à escola alemã do século XIX, em que os seguidores dessa escola se recusavam a aceitar a codificação na Alemanha, sendo obrigados, portanto, a criar uma teoria alternativa. É nesse momento que Saviny sustenta em sua obra “Metodologia Jurídica”

¹⁷³ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista e Crise Econômica: Negociado versus Legislado. **Desafios da Reforma Trabalhista**. GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freiras; MARTINEZ, Luciano (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 162.

¹⁷⁴ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1032.

que o direito nasce do “espírito do povo”¹⁷⁵. Esse pensamento serviu de base para a origem da teoria moderna e pluralista das fontes do direito¹⁷⁶. A teoria pluralista, como já visto, significa que é possível coexistirem diversos ordenamentos dentro de um único, ou seja, dentro do ordenamento brasileiro existem diversos outros ordenamentos, por exemplo, as normas criadas a partir de grupos sociais organizados. Portanto, a possibilidade de coexistência de normas tanto estatais quanto não estatais faz do ordenamento brasileiro, um sistema pluralista, ratificando o Estado Democrático de Direito.

Hans Kelsen em seu livro “A Teoria Pura do Direito”, disciplina sobre as normas jurídica e afirma que essas são hierarquizadas, em razão da norma inferior encontrar validade na norma superior, tendo como última norma e mais elevada, a chamada “norma fundamental ou *grundnorm*”, que dará validade a todas as outras. Assim, nas palavras do autor “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”¹⁷⁷.

Nesse passo, é a Constituição Federal da República Federativa do Brasil que dá fundamento para todas as demais normas do ordenamento, sendo essa, considerada a norma suprema, aquela que dá validade a todas as demais. Contudo, segundo a teoria de Kelsen a Constituição deveria encontrar fundamento na norma hipotética fundamental, não sendo essa uma norma posta, mas hipotética, como o próprio nome afirma¹⁷⁸.

Maria Helena Diniz ao analisar a teoria de Kelsen afirma que a constituição, no sentido lógico-jurídico, ou seja, da norma hipotética fundamental, apenas assegura que se deve obedecer ao poder de estabelecer a ordem jurídica, devendo assim, manter a ideia de que uma norma somente pode originar-se de outra, na qual encontrará sua validade¹⁷⁹.

¹⁷⁵ SAVIGNY, Friedrich Carl von. Metodologia Jurídica. Trad. Hebe A. M. Caletti Marengo. São Paulo: Edicamp, 2001, p. 13.

¹⁷⁶ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1032.

¹⁷⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 147. Disponível em: <<https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹⁷⁸ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 35.

Nessa esteira, o ordenamento jurídico brasileiro é formado por princípios, regras e institutos regulatórios da vida social, a exemplo dos costumes e valores, que pode estar relacionado a um Estado determinado ou a uma entidade supranacional, a exemplo da União Europeia, em que as normas são criadas para serem aplicadas em todos os Estados membros. Assim, o ordenamento jurídico é composto de fontes normativas, que são os meios de revelação das normas jurídicas pertencentes a ele¹⁸⁰.

Cuida-se de analisar que a Ciência do Direito classifica as fontes jurídicas em formais e materiais. Essa divisão diz respeito ao enfoque dado ao fenômeno das fontes, vez que a fonte material distingue-se da formal, pois a primeira está relacionada ao momento anterior a existência da norma, ou seja, ao momento pré-jurídico, por outro lado, a fonte formal se relaciona ao momento em que a norma já está posta no ordenamento, ou seja, plenamente construída¹⁸¹.

Observa-se ainda, que as fontes formais podem se dividir em estatais e não estatais, sendo a primeiras as normas que derivam do poder legislativo (lei, decretos, regulamentos, etc), da jurisprudência (sentenças, precedentes judiciais, etc.) e convencionais (tratados e convenções internacionais). As fontes não estatais se relacionam ao direito consuetudinário (costume), direito científico (doutrina) e as convenções ou negócios jurídicos¹⁸².

Nesse sentido, Kelsen ao formular a hierarquia das normas jurídicas, determinou que a Constituição seria a norma suprema, aquela que daria fundamento a todas as outras, logo abaixo estariam as normas gerais criadas pelas legislações ou pelo costume, seguida pelas leis e pelo decreto, e abaixo estariam as normas infralegais¹⁸³.

Assim, percebe-se, que no ordenamento jurídico brasileiro vige a ideia do pluralismo jurídico, concepção contrária a Kelsen, uma vez que ele dissemina o monismo, ou seja, as normas seriam apenas estatais. Dessa forma, por meio do pluralismo, as normas podem ter origem estatais ou não estatais, a exemplo das normas que são criadas a partir

¹⁸⁰ DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017, p. 145.

¹⁸¹ ROMITA, Arion Sayão. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1032.

¹⁸² DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 36.

¹⁸³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998. p. 166 et. seq. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

do exercício da autonomia privada coletiva (acordo e convenção coletiva). Desta forma, resta claro que as leis estatais não encerram todo o direito positivo, de tal modo que grupos sociais, a exemplo do grupo econômico, tem a possibilidade de criar regimentos internos para regular suas empresas.

4.1.1 A hierarquia estática e dinâmica no direito comum

A hierarquia, conforme já analisado, a partir da visão de Hans Kelsen, determina que a norma superior dá validade a norma inferior. Ainda no que diz respeito ao tema, o doutrinador se propôs estudar a norma jurídica a partir de dois ângulos distintos: o estático jurídico e o dinâmico jurídico.

O sistema estático jurídico, na visão de Kelsen, tem por objeto o Direito como um sistema de normas em vigor, ou seja, as normas se relacionam entre si através de um sistema de sugestões lógicas. Assim, as normas do sistema estático são vistas com normas de condutas, normais morais¹⁸⁴. Assim, as normas que dão validade ao fundamento e ao conteúdo, nesse sistema, podem ser deduzidas das normas básicas, a exemplo, de uma norma que determine que é necessário amar o próximo, deduz-se que não é possível fazer mal ao outro ou ainda causar-lhe a morte¹⁸⁵.

Por outro lado, o sistema dinâmico jurídico, se relaciona ao processo jurídico em que o Direito é produzido e aplicado, ou seja, os atos de conduta são determinados pelas normas, em que derivam umas das outras através de delegações de poder. Assim, uma norma só pode ser válida se o sujeito que a criou possuir competência legítima para isso e se for atendido todos os procedimentos regulares¹⁸⁶. Assim, é a norma hipotética fundamental, que produz o direito como objeto de conhecimento jurídico-científico, pois é só através dela que o jurista pode dizer que as leis, decretos ou regulamentos são partes integrantes do ordenamento jurídico¹⁸⁷.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998, p. 61 et. seq. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

¹⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 137.

¹⁸⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 454

¹⁸⁷ DINIZ, Maria Helena. *Op.cit.*, 2017, p. 138.

Hans Kelsen entende que o ordenamento jurídico é dinâmico, em razão de uma norma só ser considerada válida em detrimento dela encontrar validade dentro de uma cadeia de autorizações¹⁸⁸. Portanto, a hierarquia das normas pode ser visualizada dentro de uma pirâmide em que no topo estaria a constituição e abaixo todas as demais normas.

Percebe-se, portanto, que a hierarquia dentro do sistema normativo estático, em que entende-se o Direito em estado de repouso, as normas encontram validade a partir de uma dedução de normas morais, ou seja, ao pensar em uma pirâmide as normas de conduta sempre estariam no topo e as demais seriam uma dedução lógica dessa. Entretanto, ao analisar o sistema normativo dinâmico, em que visualiza-se o Direito em movimento, a norma encontra sua validade em uma norma superior, norma hipotética fundamental, que confere fundamento a todas as demais.

Esse modelo de hierarquia em que é possível visualizar por meio de uma pirâmide, é mais propício ao direito comum, em outros ramos do direito, a exemplo do Direito do Trabalho, a forma de análise da hierarquia das normas é diferente, tendo em vista que existem outros tipos de fontes do direito que não se assemelham ao previsto no direito comum, como os instrumentos coletivos de trabalho – acordo e convenção coletiva.

4.1.2 A hierarquia das fontes na seara trabalhista: uma análise à luz do princípio da norma mais favorável

As fontes do Direito do Trabalho se subdividem em: materiais e formais. As primeiras se relacionam com o momento anterior a criação da norma, ou seja, aos fatos que levaram a necessidade daquela criação. A segunda se relaciona ao momento em que a norma já está posta no ordenamento, ou seja, plenamente construída.

As fontes formais elas estão hierarquizadas de forma semelhante ao determinado por Kelsen por meio da Teoria Pura do Direito, no sistema normativo dinâmico, em que a constituição está no topo da pirâmide, abaixo está as leis, seguido dos decretos, das

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 61 et. seq. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

sentenças normativas, das convenções e acordos coletivos, laudo ou sentença arbitral coletiva, regulamento de empresa, súmula vinculante e por fim, os costumes¹⁸⁹.

Orlando Gomes se diferencia um pouco do restante da doutrina, pois ele entende que os convênios e recomendações internacionais (Tratados e Convenções) estariam no topo da pirâmide, seguido da constituição, das leis, dos regulamentos, da sentença normativa, convenção coletiva e acordo coletivo, regulamento de empresa e por último, o contrato de trabalho¹⁹⁰.

Tendo em vista que as fontes materiais diz respeitam ao momento anterior a criação das normas, a hierarquia dessas tem sua base e sustentação no princípio da preponderância da norma mais favorável ao trabalhador. Isso significa, que apesar existir uma hierarquia formal de aplicação das fontes do direito, o Direito do Trabalho, de forma peculiar, confere ao trabalhador à aplicação da lei que lhe for mais benéfica, mesmo que hierarquicamente seja inferior a uma outra norma que não lhe concede tal direito¹⁹¹.

Percebe-se, portanto, que a utilização do princípio da norma mais favorável como norteador do Direito do Trabalho faz com que ocorra um afastamento justralhista do estrito critério hierárquico rígido e formalista prevalecente no Direito Comum.

Desse modo, na visão de Maurício Godinho a hierarquia entre as normas jurídicas do Direito do Trabalho opera da seguinte forma:

aplicar-se-á ao caso concreto – sendo naquele caso hierarquicamente superior – a norma mais favorável ao empregado. O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável – ainda que apreendido segundo um critério permanente -, não será a Constituição Federal ou a lei federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador¹⁹².

Assim, não há uma contradição entre as normas que são elaboradas pelo Estado e as normas elaboradas pelos grupos privados coletivos, mas há, no entanto, uma harmonia entre elas, vez que prevalecerá sobre as demais, a norma que for mais favorável ao trabalhador no caso concreto.

Entretanto, há situações em que mesmo que a norma seja mais favorável ao empregado, se violar dispositivo expresso na lei ou for inconstitucional, não poderá ser aplicada Nessa

¹⁸⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**: de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 54.

¹⁹⁰ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 39 et. seq.

¹⁹¹ CASSAR, Vólia Bomfim. *Op.cit*, 2017, p. 91.

¹⁹² DELGADO. Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017, p. 194.

esteira, ainda que o Direito do Trabalho não siga a hierarquia normativa do Direito Comum, esse deve ser respeitado, em razão de determinar limites de aplicação da norma mais favorável, não sendo possível que essa seja aplicada de forma indiscriminada, devendo prevalecer o mínimo legal já estabelecido nas normas do ordenamento jurídico¹⁹³.

Portanto, quando houver conflito entre normas do Direito Comum deverá prevalecer aquela que tiver grau de hierarquia maior, bem como deve ser observada sua especialidade. Entretanto, em relação as normas justralhistas, deverá ser aplicada a norma mais favorável ao trabalhador, desde que esteja seja respeitadas as normas proibitivas oriundas do Estado.

4.2 A LEI 13.467/17: HISTÓRICO E CONTEXTUALIZAÇÃO DA EDIÇÃO DA REFORMA TRABALHISTA

Os trabalhadores no Brasil, obtiveram importantes conquistas ao longo da história, nas quais culminaram com as garantias sociais consagradas pela Constituição de 1988, somadas a outros direitos normatizados pela Justiça do Trabalho. Nesse sentido, houveram diversas tentativas de reformar as leis trabalhistas, tendo em vista que a CLT foi elaborada em 1943, momento este em que a sociedade vivia um contexto totalmente diferente do qual é visualizado hoje. As tentativas de reforma foram no intuito de adequar as leis as relações de trabalho, no entanto, em vez de uma reforma foram criadas leis de complementação da CLT para que pudesse abarcar a nova realidade social.

Os direitos fundamentais previstos na Constituição desbancam a visão meramente patrimonial das legislações daquela época, uma vez que passou a atingir os direitos da personalidade voltados à proteção da dignidade da pessoa humana¹⁹⁴.

A própria história demonstra que os setores patronais nunca se conformaram com as conquistas sociais e trabalhistas atingidas pela sociedade, pois sempre buscaram fazer

¹⁹³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho:** de Acordo com a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 181.

¹⁹⁴ MELO, Raimundo Simão de; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de. Impactos Trabalhistas Sobre a Saúde dos Trabalhadores no Tocante à Jornada de Trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos.** Salvador: Juspodivm, 2017, p. 336.

campanhas na busca por mudanças. Essas campanhas podem ser visualizadas ao longo da história por meio da influência das empresas na elaboração das legislações que regem o país. Um grande exemplo pode ser visualizado na atual reforma trabalhista que teve origem nos argumentos e textos da Confederação Nacional da Indústria¹⁹⁵.

Arion Sayão Romita no seu artigo “A Reforma (?) Trabalhista” trata sobre o projeto de lei de alteração da Consolidação das Leis do Trabalho em 2002. O autor assegura que uma reforma só deve ser entendida como reforma se ela realmente trouxer mudanças, pois se for para trazer leis novas e manter as mesmas situações concretas, isso não se entende como reforma. Além disso, ele ainda afirma que “tais mudanças não de obedecer ao imperativo de consagrar o princípio da democracia nas relações entre o capital, o trabalho e o Estado”¹⁹⁶.

Assim, ainda com a complementação das leis trabalhistas ao longo da história, o contexto social, econômico e político do país, em que visualiza-se o neoliberalismo, exigia-se nesse momento que houvesse uma reforma da CLT, cuja a política é flexibilizar ao máximo as relações de trabalho, os neoliberais defendem a necessidade da reforma trabalhista como forma de modernização da legislação e criação de novos empregos. Entretanto, não discutem sobre essas mudanças com a sociedade, que serão aqueles que sofrerão diretamente com as alterações¹⁹⁷.

Nessa senda a Lei 13.467/17 não pode nem ser entendida como uma reforma, tendo em vista que a “reforma trabalhista” não tratou de uma “alteração normativa sistematizada, dialogada e amadurecida pelo corpo social, mas de um mero conjunto de alterações legislativas”, em que privilegiou, em sua maior parte, a classe de empregadores¹⁹⁸.

Destaca-se, assim, que o texto da reforma trabalhista representa um autêntico levante do patronado contra o sistema protetivo de trabalho vigente no país, em razão de entenderem que as normas que garantem o direito do trabalhador diminuem seu lucro,

¹⁹⁵ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia Privada Coletiva e Hierarquia Normativa na Lei n. 13.467/2017: a Questão do Legislado e do Negociado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 713.

¹⁹⁶ ROMITA, Arion Sayão. A Reforma (?) Trabalhista. Revista LTr. São Paulo: LTr, abr. 2002, ano 66, n. 4, p. 396.

¹⁹⁷ MELO, Raimundo Simão de; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de. Impactos Trabalhistas Sobre a Saúde dos Trabalhadores no Tocante à Jornada de Trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 337.

¹⁹⁸ SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Op. cit.*, 2017, p. 714

ou seja, a flexibilização dos direitos trabalhistas gerariam uma conseqüente redução no custo da mão de obra.

Entretanto, com a Reforma Trabalhista alguns temas foram favoráveis para os empregados, a exemplo do previsto no § 3º do art. 611-A, da CLT, que prevê a possibilidade de redução salarial ou de jornada por meio de negociação coletiva. Contudo, é previsto também que deverá haver uma proteção dos empregados contra a dispensa imotivada durante a situação de excepcionalidade.

Sendo assim, uma grande parte das matérias tratadas no texto da lei da reforma trabalhista vão de encontro às disposições constitucionais, algumas, inclusive, inspiradas em tratados internacionais¹⁹⁹.

Percebe-se, assim, que ao longo da história os trabalhadores sempre lutaram para ter melhores condições de trabalho. Esse cenário começa a mudar a partir da Constituição de 1988, que previu os direitos sociais e determinou um patamar mínimo exigido para que se tenha um labor digno. Todavia, os empregadores enxergam a garantia dos direitos trabalhistas como algo com um custo alto, pois se preocupam apenas com a obtenção do lucro e, por muitas vezes não garantem o exercício do direito do trabalhador.

Diante do contexto social do país, em que é visualizado uma crise e muitas empresas estão quebrando, entendeu-se que a melhor forma de fazer a economia crescer novamente seria por meio de uma reforma trabalhista, em que haveria a flexibilização de direitos, o que geraria, portanto, uma diminuição da carga de verbas trabalhistas. Entretanto, essa nunca foi a melhor alternativa, tendo em vista, que não é por meio da precarização dos direitos dos trabalhadores que o país irá sair da crise e nem haverá a criação de novos empregos, como entendem os neoliberais. Há sim uma necessidade de modernização da legislação, mas não pelos meios que estão sendo feitos.

Dessa forma, a elaboração da lei 13.467/17, prevalece principalmente a categoria patronal, uma vez que prevê a redução ou, mesmo a supressão de diversos direitos por meio da prevalência da negociação coletiva em face da legislação, ainda que em determinadas matérias, a exemplo da jornada de trabalho, estabeleça o patamar mínimo previsto na constituição.

¹⁹⁹ SILVA, Paulo Henrique Tavares da. O Triunfo da Vontade Patronal: Esquema de Prorrogação e Compensação de Jornada Instituída pela “Reforma Trabalhista” Brasileira. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 324.

4.2.1 A supremacia da lei sobre a autonomia privada coletiva antes da edição da lei 13.467/17

A autonomia privada coletiva, que consiste no poder conferido pelo ordenamento jurídico aos grupos organizados de se regulamentarem, é exercida quando o Estado abstém-se de interferir na organização dos grupos sociais, permitindo que os particulares, devidamente representado pelos sindicatos, criem normas que os determine. Sendo assim, a negociação coletiva é reconhecida como um dos aspectos do pluralismo jurídico, uma vez que as normas advindas das negociações coletivas são consideradas não estatais. O Estado Democrático de Direito confere a sociedade a possibilidade de se auto-regulamentar por normas estatais e não estatais, deixando, portanto, o Estado de ser o único detentor do monopólio da produção do Direito²⁰⁰.

Nessa esteira, o exercício da autonomia privada coletiva antes da lei 13.467/17, em que prevê a prevalência do negociado sobre o legislado, configurava-se por meio de uma liberdade que era conferida aos sindicatos de poderem realizar a negociação coletiva, com objetivo de buscarem melhores condições de trabalho para o empregado. Entretanto, nesse modelo cumpria ao Estado, que tem competência para zelar pela ordem, estabelecer, por lei, os limites da autonomia privada coletiva, proibindo-a naquelas atividades que envolviam serviços essenciais à comunidade²⁰¹.

Assim, a negociação coletiva tinha como limite direto o art. 9º da CLT²⁰², que prevê que são nulos todos os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Constituição. Dessa forma, qualquer exercício da autonomia privada coletiva que afrontasse a constituição deveria ser considerado nulo. Então, por exemplo, se a CLT determinasse que a duração diária do trabalho, como regra geral, é de oito horas, nenhuma negociação coletiva poderia estabelecer duração superior a essa, salvo os casos em que o TST entendeu ser possível o regime de 12x36

²⁰⁰ PEIXOTO, Aguimar Martins. Negociação Coletiva. **Trabalho e Doutrina – Processo Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 20, mar. 99, p. 4.

²⁰¹ SILVA, Eduardo de Azevedo. Autonomia Coletiva: Limites Desnecessários e Outros nem tanto. **Trabalho e Doutrina – Processo Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 20, mar. 99, p. 23.

²⁰² BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 9º, da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 maio 2017.

horas de trabalho, sob pena de ser considerada nula tal disposição. Isso, portanto, mostra que a lei prevalecia sobre o que fora negociado.

Dessa forma, a autonomia privada coletiva exercida pelos sindicatos era relativa, em razão de sempre ter o dever de observar o que estaria disposto na lei, salvo para estabelecer condições mais favoráveis ao trabalhador. Nessa senda, essa autonomia foi ampliada pela Constituição de 1988, ao permitir que os sindicatos ajustassem a redução salarial, poder esse que não era nem conferido ao legislador. Outra permissão conferida ao sindicato foi em relação a poder negociar a compensação de horas e a ampliação da jornada nos turnos ininterruptos de revezamento²⁰³.

Percebe-se, portanto, que apesar de ser conferido uma maior autonomia aos sindicatos para exercício da negociação coletiva, essa autonomia ainda era muito pouca comparada ao visualizado hoje com a reforma trabalhista, uma vez ainda que os sindicatos tivesse algum liberdade, essa sempre deveria estar adstrita as normas previstas no ordenamento jurídico, ao contrário do que ocorre hoje, em que os sindicatos possuem completa autonomia para negociar sobre os patamares de direito que, inclusive, afrontam diretamente a constituição.

4.2.2 A inovação trazida pela Lei 13.467/17: uma análise do art. 611-A e do art. 611-B

Diante da evolução da sociedade, houve a necessidade de atualizar a CLT, que sofreu diversos desgastes ao longo do tempo, no entanto, a necessidade de modernizar não significa abandonar os direitos básicos conquistados pelos trabalhadores, conforme demonstra o art. 7º da CLT.

Uma das principais inovações trazidas pela Lei 13.467/17 foi a inserção do art. 611-A à CLT, no qual dispõe de um rol exemplificativo de matérias em que haverá a prevalência do negociado em face do legislado, ou seja, autoriza-se que haja a sobreposição do que fora previsto nos acordos e convenções coletivas em face do que está previsto na lei, no entanto, deve-se observar as ressalvas trazidas no art. 611-B, que dispõe acerca dos

²⁰³ SILVA, Eduardo de Azevedo. *Autonomia Coletiva: Limites Desnecessários e Outros nem tanto. Trabalho e Doutrina – Processo Jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 20, mar. 99. p. 24.

limites da negociação coletiva, que em sua grande maioria diz respeito aos direitos sociais previstos na Constituição²⁰⁴.

Assim, faz-se necessário uma análise mais aprofundada do art. 611-A da CLT, o qual trouxe quinze pontos em que o negociado prevalecerá sobre o legislado. *Ipsis litteris*:

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 empresa²⁰⁵.

O inciso I do art. 611-A, da CLT determina que a compensação de jornada está limitada à Constituição Federal. O limite constitucional previsto é de 8 horas diárias, 44 horas semanais e 220 mensais, portanto, não há que se permitir flexibilização ou compensação quanto a essa regra. Dessa forma, se se deve respeitar os limites previstos na constituição, não há como flexibilizar. Aparentemente tal inciso remete ao pensamento de que o legislador quis dar a possibilidade de aumentar a jornada, mas ainda assim, estaria contrariando as regras já dispostas em outros artigos da reforma, a exemplo da

²⁰⁴ RENZETTI, Rogério. Prevalência do Negociado sobre o Legislado em Norma Coletiva. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 600.

²⁰⁵ BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Art. 611-A da CLT. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>. Acesso em: 14 maio 2017.

permissão para ampliação da jornada até 12 horas de trabalho com 36 horas de folga²⁰⁶. Além disso, uma flexibilização maior do que essa, estaria contrariando diretamente a Constituição, uma vez que o próprio artigo determina que deve ser respeitado o limite constitucional.

No que diz respeito ao inciso II do referido artigo, a inovação se situa na compensação de jornada extra do banco de horas, através de acordo individual. Entretanto, apesar de estabelecer tal regra o inciso não estabeleceu a forma como a compensação seria aplicada, surgindo, portanto, algumas dúvidas acerca do tema, a exemplo se a compensação deveria respeitar os arts. 59 e 59-A da CLT que limita duas horas excedentes diárias de trabalho para o empregado. Alguns autores, como Renato Mário Borges Simões, entende que o acúmulo não pode ultrapassar o período de um ano, não devendo ainda ultrapassar as dez horas diárias²⁰⁷.

Todavia, essas regras trazidas pela Reforma Trabalhista violam o previsto na Constituição, uma vez que essa dispõe que o limite da jornada de trabalho é de 8 horas diárias, 44 horas semanais e 220 mensais, não podendo ser ultrapassados tais limites, como prevê a CLT, ao determinar a possibilidade de haver jornada de até 10 horas diárias, aumentando, assim, os demais limites.

Em relação ao inciso III a Lei dispõe que poderá haver a redução do tempo de intervalo de uma hora, para trinta minutos, sem a necessidade de autorização do Ministro do Trabalho, conforme era previsto anteriormente. Além dessa inovação, o referido inciso traz a ressalva de que apesar de ser possível que seja realizada a redução, o direito ao intervalo não pode ser suprimido, devendo ser respeitado o mínimo de 30 minutos para as jornadas de 6 horas.

Esse é um inciso que está manifestamente de encontro ao previsto no art. 71, § 1º da CLT, que prevê que será concedido uma hora de intervalo intrajornada para aqueles que laboram em uma jornada superior a seis horas, e 15 minutos, em jornadas entre quatro

²⁰⁶ BRANCO, Cristiane Maria Adad Amorim Castelo. Supremacia Do Negociado Sobre O Legislado na Reforma Trabalhista: O Efeito Prático no Contrato de Trabalho Do Empregado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 657.

²⁰⁷ SIMÕES, Renato Mário Borges. O Negociado (Individual e Coletivo) Sobre o Legislado. **Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro**. In: FILHO, Rodolfo Pamplona; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silva Teixeira do. (Coord.). São Paulo: LTr, 2018, p. 147.

e seis horas. Contudo, a previsão de da redução do intervalo por meio de negociação coletiva deve observar que as condições empresariais relativas à alimentação reúnam circunstâncias propícias à refeição dos empregados. Deve-se ainda, observar se o trabalhador não será submetido a contínuo regime de sobretrabalho. Se verificado o preenchimento dessas duas circunstâncias, poderá o intervalo intrajornada ser reduzido por meio de negociação coletiva, caso contrário, será considerado inconstitucional²⁰⁸.

Entretanto, é de se considerar que os intervalos intrajornadas, assim como as jornadas de trabalho, constituem medida de saúde e segurança do trabalhador, que tem como objetivo a recuperação e implementação de suas energias. Sendo assim, com a redução dos intervalos para 30 minutos pode prejudicar a saúde do trabalhador, que laborará em uma jornada exaustiva. Há doutrinadores que entendem que em havendo refeitórios na própria empresa seria possível a redução do intervalo intrajornada, por conta de não haver deslocamento. Porém, ainda que haja refeitório, é necessário haver um tempo para descanso, e não há como precisar o tempo de alimentação/repouso de cada pessoa, sendo necessário, portanto, estabelecer um intervalo que satisfaça a maior parte dos empregados.

Todavia, o art. 611-B da CLT, excluiu a duração do trabalho e os intervalos como espécie de norma de medicina e segurança do trabalho para fins de negociação coletiva. Assim, alguns doutrinadores entendem que esse inciso seria inconstitucional por violar as normas de saúde e segurança do trabalhador, ainda que excluída do rol de temas do art. 611-B da CLT²⁰⁹.

O inciso IV prevê que poderá ser objeto de negociação coletiva a adesão ao Programa Seguro-Emprego, que tem como objetivo auxiliar a preservação dos empregos em momentos de retração da atividade econômica. Além disso, as empresas que aderirem ao programa podem, por meio de acordo coletivo de trabalho, reduzir a jornada e os salários quando se tratar da preservação dos empregos mediante ameaça de demissão coletiva em razão de dificuldades econômicas do empregador. No entanto, o acordo só

²⁰⁸ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com Comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2018, p. 249.

²⁰⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. rev. e ampl.. São Paulo: LTr, 2017, p. 1068.

sindicato ao local de trabalho, pois poderá a atuação dos representantes sindicais ser tratado por meio de negociação coletiva²¹³.

O inciso VIII versa sobre o teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente. No que diz respeito ao teletrabalhador, esse já teve diversos direitos reduzidos por meio da própria lei nos arts. 62, III, e 75-A seguintes da CLT, ainda assim é possível que ocorra a negociação coletiva para, por exemplo, estabelecer a obrigatoriedade do empregado custear todo o gasto com a execução do trabalho sem necessidade de ter acordo individual entre as partes²¹⁴.

Quanto a inclusão do sobreaviso nesse inciso é questionável, tendo em vista que já era permitido a negociação coletiva para melhorar um direito do empregado. Assim, resta a dúvida sobre a real intenção do legislador, se era eliminar o sobreaviso como tempo à disposição, excluindo seu pagamento ou reduzindo-o ainda mais, ou apontar situações que não serão consideradas como “sobreaviso”²¹⁵. Dessa forma, esse inciso precisa de uma norma que o complemente, uma vez que não ficou claro o objetivo do legislador.

O trabalho intermitente²¹⁶ é previsto no art. 443, § 3º, da CLT e tem sua forma de prestação prevista no art. 452-A. No entanto, ao prever que o trabalho intermitente será objeto de prevalência do negociado sobre o legislado, poderá a negociação coletiva alterar as regras contidas no art. 452-A e seguintes da CLT para, por exemplo, modificar o prazo de convocação mínima do trabalhador intermitente ou alterar o período de inatividade, etc²¹⁷. Assim, se já não bastasse a instabilidade criada por essa modalidade de contrato, a norma coletiva poderá prejudicar ainda mais esse trabalhador. Isso mostra,

²¹³ DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com Comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2018, p. 260.

²¹⁴ BRANCO, Cristiane Maria Adad Amorim Castelo. Supremacia Do Negociado Sobre O Legislado na Reforma Trabalhista: O Efeito Prático no Contrato de Trabalho Do Empregado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 659.

²¹⁵ CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Prevalência do Negociado Coletivamente sobre o Legislado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 634.

²¹⁶ Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria (BRANCO, Cristiane Maria Adad Amorim Castelo. Supremacia Do Negociado Sobre O Legislado na Reforma Trabalhista: O Efeito Prático no Contrato de Trabalho Do Empregado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 659).

²¹⁷ FILHO, Georgenor de Souza Franco. **Trabalho Intermitente**. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 122.

portanto, que a previsão da prevalência da negociação coletiva só aumentará a supressão dos direitos desse trabalhador.

O inciso IX trata da remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas. A principal finalidade deste inciso foi retirar a natureza salarial dos sobresalários ou parcelas pagas com base na produtividade. Além disso, ao permitir a prevalência dos instrumentos coletivos, restou por suprimir a integração das gorjetas aos salários, revogando parcialmente o previsto no art. 457, da CLT²¹⁸. Assim, mais uma vez resta demonstrado que não são em todos os casos em que deve haver a prevalência do negociado sobre o legislado, tendo em vista que o objetivo do legislador em alguns casos foi a supressão de direitos.

No que diz respeito ao inciso X, que dispões sobre a prevalência do negociado sobre o legislado na modalidade de registro de jornada, é necessário pontuar que o empregador sempre pôde escolher entre a marcação manual, mecânica, eletrônica ou digital. Assim, não faz sentido os instrumentos coletivos versar sobre tal tema. No entanto, a negociação coletiva poderá determinar que estabelecimentos com determinada quantidade de funcionários estão dispensados do controle de ponto²¹⁹. No art. 74, § 2º, da CLT, é previsto que estabelecimentos com mais de dez funcionários deverá fazer as anotações da jornada de seus empregados. Assim, diante da previsão do art. 611-A, *caput*, da CLT, essa quantidade de dez funcionários poderá ser alterada, em razão da prevalência do previsto nos instrumentos coletivos se sobrepor ao previsto na legislação.

O inciso XI trata sobre a possibilidade da troca do dia do feriado, entretanto, esse dispositivo não trouxe nenhuma novidade, tendo em vista que a Lei nº 605/1949, dispôs em seu art. 9º, que não sendo possível a suspensão do trabalho nos dias de feriado, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga²²⁰. Portanto, nesse ponto, a Reforma Trabalhista, não representa nenhuma

²¹⁸ HOMMERDING, Heloisa Valença Cunha. Prêmios e Gratificações Contratuais ou Espontâneas sem Natureza Salarial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 580.

²¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Prevalência do Negociado Coletivamente sobre o Legislado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 634.

²²⁰ BRASIL. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. **Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm?TSPD_101_R0=cf663c4045341a4dea0c0004ee81f2>

esperado no exercício da atividade. Assim, poderá os instrumentos coletivos preverem como será pago os prêmios.

O inciso XV, trata sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa. Contudo, este tema já é objeto da Lei 10.101/2000, o que mostra, portanto, que o objetivo do legislador foi permitir que empregadores distribuam os lucros aos seus empregados com maior liberdade, permitindo, inclusive, a mudança na periodicidade do seu pagamento²²³.

Além dos incisos trazidos pelo art. 611-A, da CLT, é necessário também fazer uma análise dos parágrafos, tendo em vista que regulamenta a aplicação do negociado sobre o legislado.

Assim, o § 1º, do referido artigo, reitera o caráter imperativo da aplicação do “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, inserido no art. 8º, § 3º, da CLT. Esse parágrafo pretende impedir que a Justiça do Trabalho, no exame do acordo e das convenções coletivas, anule suas cláusulas, de modo a evitar que sejam aplicada as normas de ordem pública²²⁴.

Dispôs o legislador no § 2º, que as matérias enunciadas no art. 611-A, da CLT, não necessitam vir acompanhadas de justificativa ou contrapartida vantajosa para ter validade. Assim, assegura o referido parágrafo que a inexistência de expressa indicação de contrapartida recíproca não gera a nulidade, tendo em vista que não se caracteriza como um vício do negócio jurídico. No entanto, esse entendimento contraria o posicionamento do STF, que ao autorizar a flexibilização no julgamento do RE 590415, conhecido como “Caso do PDV do BESC”, previu a necessidade de haver uma contrapartida mais vantajosa para o empregado²²⁵.

Embora a Constituição contemple a redução salarial via negociação coletiva (art. 7º, VI, CF), o legislador ao prever a possibilidade da prevalência do negociado sobre o legislado no § 3º, do art. 611-A, da CLT em relação a possibilidade de redução salarial, quis dar

²²³ BRANCO, Cristiane Maria Adad Amorim Castelo. Supremacia Do Negociado Sobre O Legislado na Reforma Trabalhista: O Efeito Prático no Contrato de Trabalho Do Empregado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 662.

²²⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 114.

²²⁵ BRASIL. Decisão do Recurso Extraordinário 590415, STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>>. Acesso em: 22 maio 2018.

uma garantia jurídica maior ao trabalhador, assegurando uma proteção contra a dispensa imotivada enquanto perdurar a excepcionalidade, como forma de compensar a redução de salário, uma vez que reduzir o salário significa um grau máximo de sacrifício por parte dos trabalhadores²²⁶. A única crítica que se tem a fazer acerca desse dispositivo é que ele não estabelece um limite para a redução, nem um prazo de duração dessa situação. O § 4º, do art. 611-A, da CLT, prevê que em caso de cláusula anulada, a cláusula compensatória será invalidada, por exemplo, se a redução salarial for anulada, a cláusula de garantia de emprego será considerada inválida. Entretanto, esse dispositivo gera dúvidas, tendo em vista que o § 2º, do referido artigo, previu que uma cláusula não precisa ser justificada ou balanceada por outra. Assim, deve-se entender que o § 4º, se relaciona com as cláusulas em que houver contrapartida, pois essa deverá ser anulada em conjunto com a cláusula mais benéfica²²⁷.

Por fim, o § 5º, do art. 611-A, da CLT, prevê que os sindicatos subscritores de convenção ou acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

O legislador acabou por criar uma espécie de litisconsórcio necessário atípico, pois em havendo ação individual, em que a eficácia da decisão estaria vinculada apenas as partes do litígio, seria correto prever que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, admitisse ou solicitasse o ingresso dos sindicatos convenientes na demanda na condição de *amicus curae* (CPC, art. 138), ou até mesmo a intervenção espontânea de tais entes na qualidade de assistente simples (CPC, arts. 119 e 121)²²⁸. Assim, a previsão do § 5º, não teve um significado tão importante, tendo em vista que outras formas de intervenção de terceiros seriam melhor aplicadas ao caso concreto.

É necessário pontuar que enquanto o art. 611-A da CLT tem um caráter meramente exemplificativo, pois ao final do *caput*, traz a frase “entre outros”, o que assegura que

²²⁶ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 114.

²²⁷ JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; NETO, Planton Teixeira de Azevedo. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017. p. 298.

²²⁸ JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; NETO, Planton Teixeira de Azevedo. *Op.cit.* 2017. p. 301.

poderão haver outras matérias que podem ser liberadas para negociação, o art. 611-B já inicia o seu texto afirmando que o rol de matérias proibidas para negociação será taxativo. Ao determinar a impossibilidade de novas matérias para serem proibidas, o art. 611-B não levou em consideração que há diversos outros assuntos que devem ser mantidos distantes dos acordos e das convenções coletivas, por exemplo, a concessão de reajuste salarial contrário a leis de política salarial, previsto na Súmula 375 do TST²²⁹.

Destaca-se que o art. 611-B da CLT, traz as limitações ao art. 611-A, que dispõe sobre a prevalência do negociado em face do legislado. Assim, todos os temas tratados no primeiro artigo não poderão ser suprimidos ou reduzidos por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, sob pena de constituírem objeto ilícito. Dessa forma, é necessário observar que todos os 29 incisos tratados no referido artigo obedecem o patamar mínimo previsto no ordenamento jurídico.

Dessa forma, é necessário apenas explicitar as matérias previstas no artigo supracitado: normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social); seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); salário mínimo; valor nominal do décimo terceiro salário; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; salário-família; repouso semanal remunerado; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; número de dias de férias devidas ao empregado; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; licença-paternidade; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; aposentadoria; seguro contra acidentes de trabalho; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de

²²⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador; direito de greve; definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; tributos e outros créditos de terceiros.

Portanto, conforme restou demonstrado não será objeto de convênios coletivos quaisquer das matérias explicitadas no art. 611-B da CLT, sob pena de ser considerado ilícito.

4.3 HIERARQUIA DAS FONTES TRABALHISTAS: DEVE EXISTIR PREVALÊNCIA DAS FONTES ADVINDAS DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA EM DETRIMENTO DA LEI?

A hierarquia das fontes formais no Direito do Trabalho se diferencia do direito comum, conforme já tratado. Sendo assim, ainda que diferente, a Constituição prevalece acima de todas as demais normas do ordenamento jurídico, devendo elas estarem em consonância com a previsão constitucional. Dessa forma, qualquer norma que seja contrária ao previsto na Constituição estará ofendendo o princípio da legalidade e deverá ser declarada inconstitucional.

No direito do trabalho rege o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, o que acaba por gerar uma mitigação da hierarquia das fontes formais, uma vez que prevalecerá a norma que trazer mais benefícios para o trabalhador. No entanto, essa regra não deve ser aplicada de forma irrestrita, em razão da necessidade de observar se a norma é ou não compatível com o ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, diante dos instrumentos da autonomia privada coletiva, acordo e convenção coletiva de trabalho, é necessário observar o disposto na Constituição²³⁰.

Entretanto, com a Reforma Trabalhista, em que foram elaborados diversos dispositivos que afrontam diretamente os textos constitucionais e legais, em que ficou estabelecido

²³⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 136.

que em determinadas matérias haverá a prevalência do negociado sobre o legislado, não é mais possível se falar em respeito ao princípio da legalidade ou ainda no princípio de aplicação da norma mais favorável.

Dessa forma, não deve haver a prevalência do previsto nos instrumentos coletivos em face do disposto na lei, uma vez que diversas matérias trazidas pelo art. 611-A da CLT, são de extrema importância para a saúde do trabalhador, não podendo, portanto, ser objeto de negociação coletiva, de modo a desrespeitar o que está previsto na lei.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar as consequências decorrentes da prevalência do negociado em face do legislado advindas das recentes alterações legislativas, perante a Lei nº 13.467/17, cujas as modificações por possuírem um amplo impacto na vida dos trabalhadores, foram objeto de diversas críticas por parte dos doutrinadores, principalmente, pelo fato da possibilidade de flexibilizar direitos já consagrados.

Nesse passo, para que se pudesse chegar a um resultado mais concreto e ao mesmo tempo imparcial, fez-se necessário o exame de algumas noções introdutórias.

Dessa forma, inicialmente foi analisada a evolução do conceito de autonomia da vontade, visualizada no modelo de Estado liberal, em que a manifestação da vontade era vista como absoluta, até a chegada da autonomia privada, em que diante das desigualdades apresentadas no antigo conceito, fez-se necessário a imposição de limites para a manifestação dessa vontade, devendo ela estar pautada nas normas de ordem pública, na moral e nos bons costumes. Assim, os limites impostos a autonomia privada está previsto no ordenamento jurídico.

Além disso, houve a necessidade de diferenciação entre os conceitos de autonomia privada e autonomia existencial, em razão da primeira ser a faculdade dada aos particulares de se tornarem legisladores do seu próprio interesse, devendo esta autonomia ser delimitada pelo Estado. E a autonomia existencial ser a capacidade dos indivíduos de gerir sua própria vida. Portanto, ainda que os indivíduos tenham a autonomia existencial, devem respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, sendo assim, não poderá um indivíduo dentro da sua autonomia vender seus órgãos, mas ele poderá fazer doação. Dessa forma, tal diferenciação é necessária para o entendimento acerca dos limites trazidos pelo ordenamento jurídico à capacidade de se auto regulamentar do indivíduo.

Nesta senda, fez-se necessário o estudo acerca da autonomia privada coletiva, que consiste na capacidade dos grupos sociais de se organizarem, bem como do pluralismo jurídico.

O estudo do pluralismo jurídico foi de extrema importância para se chegar a conclusão do presente trabalho, uma vez que entende-se por pluralismo jurídico a possibilidade de coexistência de normas de diversos ordenamentos, podendo eles serem estatais ou não estatais. Sendo assim, os instrumentos coletivos elaborados a partir da autonomia privada coletiva dos sindicatos podem produzir efeitos, tanto quanto as leis elaboradas pelo Estado. Desse modo, ambas as formas de fonte do direito positivo podem regular as condições de trabalho dos empregados.

Entretanto, o questionamento que levou ao estudo desse tema é se ainda de acordo com o pluralismo jurídico, poderá haver a prevalência do que fora previsto nos instrumentos coletivos em face do que está previsto na lei.

Para se chegar a resposta do questionamento, foi necessário ainda realizar o estudo do instituto da negociação coletiva, desde o seu conceito, até quem seriam as partes legitimadas para realizar a negociação. Além disso, foi analisado quais seriam as matérias possíveis de ser objeto dos convênios coletivos.

Outro ponto importante na elaboração do presente trabalho foi a análise da natureza jurídica dos instrumentos coletivos, e estabelecer a teoria que mais se encaixa atualmente. Destaca-se, ainda, que foi analisado os requisitos de existência, validade e eficácia dos instrumentos normativos, para que estes possam produzir seus efeitos jurídicos.

Assim, chega-se ao cerne do presente estudo, a prevalência do negociado em face do legislado, em que foi realizado uma análise minuciosa acerca do art. 611-A da CLT, no qual traz em um rol exemplificativo temas que poderão ser objeto da negociação coletiva. Para se chegar a uma conclusão, houve a necessidade da análise da hierarquia das fontes no direito comum, sob a perspectiva da pirâmide de Hans Kelsen, para só assim entender e diferenciar a hierarquia das normas justralhistas, uma vez que essas se diferenciam muito dos outros ramos do direito, em razão da observância do princípio da normas mais favorável.

Dessa forma, será aplicada a norma que trazer maiores garantias para a condição de labor do trabalhador, uma vez que independerá se é uma norma superior ou inferior. No entanto, essa aplicação não deve ser de forma irrestrita, devendo ser observada os dispositivos constitucionais.

Por fim, foi realizada uma análise da hierarquia das normas antes da Reforma Trabalhista e depois dessa, especificando de forma hierárquica qual seria a norma superior e a inferior.

Desta forma, o presente trabalho monográfico filia-se à ideia de que não deve haver a prevalência das normas elaboradas por meio dos instrumentos coletivos em face da legislação vigente no ordenamento jurídico, quando estiver contrário a estes, uma vez que tanto a Constituição Federal, quanto a Consolidação das Leis do Trabalho, preveem um patamar mínimo para que possa haver um labor com dignidade. Assim, as normas advindas dos instrumentos coletivos que violem as normas já existentes na legislação, não devem prevalecerem.

Nesta circunstância, o presente trabalho trouxe-se as seguintes soluções normativas: deve ser respeitada a hierarquia existente entre as normas trabalhistas, bem como deve ser observado o princípio da aplicação da norma mais favorável, assim como o da legalidade. Isso, significa dizer que qualquer norma que seja objeto de negociação coletiva, ainda que esteja no rol exemplificativo do art. 611-A da CLT, não poderá reduzir ou suprimir direitos, desde que esteja garantido na Constituição. Assim, a negociação coletiva deve obedecer o que está descrito na lei e nos textos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rodrigo Andrade de. Função Social da Funcionalização da Autonomia Privada?. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 149-164.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. rev., modif. e ampl. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque sob o Paradigma da Pós-Modernidade. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Ampliada, n. 57, jan./mar. 2014, p. 69-94.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Negócio Jurídico. **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**. v. 5. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 69-87.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad SUDATTI, Ariane Bueno; BATISTA, Fernando Pavan. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003. Disponível em: <<https://direitoutp2016.files.wordpress.com/2016/05/teoria-da-norma-jurc3addica-norberto-bobbio.pdf>>. Acesso em: 19 maio 2018.

BRANCO, Cristiane Maria Adad Amorim Castelo. Supremacia Do Negociado Sobre O Legislado na Reforma Trabalhista: O Efeito Prático no Contrato de Trabalho Do Empregado. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 653-665.

BRASIL. **Consolidação das Leis de Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 14 maio 2017

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

Acesso em: 14 maio 2018.

_____. **Decisão do Recurso Extraordinário 590415**, STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>>. Acesso

em: 22 maio 2018.

_____. Programa Seguro-Emprego. **Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015.**

Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-

2018/2015/lei/L13189.htm?TSPD_101_R0=13582ca168107663a500ca7125b50354jaE000000000000007e757eb1ffff000000000000000000000000000005afdb8d400cf35520d

>. Acesso em: 14 maio 2018.

_____. **Sessão de Dissídios Individuais I: Orientação Jurisprudencial n. 418.**

Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/noticias/>

/journal_content/56/10157/1563820?refererPlid=10730>. Acesso em: 14 maio 2018.

_____. Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos. **Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm?TSPD_101_R0=cf663c4045341a4dea0c0004ee81f234l4J000000000000000019eb62b1ffff000000000000000000000000000000000000005b0353bd00ef9bd57e](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0605.htm?TSPD_101_R0=cf663c4045341a4dea0c0004ee81f234l4J000000000000000019eb62b1ffff0000000000000000000000000000005b0353bd00ef9bd57e)>. Acesso em: 20 de maio 2018.

CABRAL, Érico de Pina. A “Autonomia” no Direito Privado. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.19, jul./set. 2004, p. 83-129.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. Flexibilização dos Direitos Trabalhistas: Prevalência do Negociado Coletivamente sobre o Legislativo. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 625/638

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: Com Comentários à Lei 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAUTH, Juliana de Andrade. **Autonomia Privada e a Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas**. Conteúdo Jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,autonomia-privada-e-a-eficacia-dos-direitos-fundamentais-nas-relacoes-trabalhistas,55907.html>>. Acesso em: 11 abr. 2018.

FILHO, Georgenor de Souza Franco. **O Pluralismo Jurídico e a Autonomia Privada: Regulamento Interno X Regulamentação Coletiva**. São Paulo: Revista LTr. v. 79, n. 9, set. 2015, p. 1141-1142.

_____. **Trabalho Intermitente**. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 117-125.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos, Tomo I: Teoria Geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Reforma Trabalhista e Crise Econômica: Negociado versus Legislado.

Desafios da Reforma Trabalhista. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freiras; MARTINEZ, Luciano (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 159-167.

GODINHO, Adriano Mateleto. Autonomia Privada das Relações Médico-Paciente e a “Capacidade para Consentir”: Uma Necessária Ruptura com o Regramento Civil da (In)Capacidade Jurídica. In: REQUIÃO, Maurício (Coord.). **Discutindo a Autonomia**. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 31-49.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**, v. 3. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

HOMMERDING, Heloisa Valença Cunha. Prêmios e Gratificações Contratuais ou Espontâneas sem Natureza Salarial. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 577-593.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza; SOUZA, Fabiano Coelho; MARANHÃO, Ney; NETO, Planton Teixeira de Azevedo. **Reforma Trabalhista: Análise Comparativa e Crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017, p. 270-301.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Disponível em: <https://portalconservador.com/livros/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-do-Direito.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Reforma Trabalhista – entenda o que mudou: CLT Comparada e Comentada**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 187.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Raimundo Simão de; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de. Impactos Trabalhistas Sobre a Saúde dos Trabalhadores no Tocante à Jornada de Trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique. **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 335-352.

MUNERATI, Ligia Ramia. A importância do Acordo Coletivo e da Convenção Coletiva no Direito do Trabalho e a Prevalência Destes Sobre os Textos Legais no Brasil e na Europa. **Revistas dos Tribunais**. São Paulo: RT, v. 985. ano. 106. nov./17, p. 211-222.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 31 ed. São Paulo: LTr, 2005.

PEIXOTO, Aguiar Martins. Negociação Coletiva. **Trabalho e Doutrina – Processo Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 20, mar. 99. p. 03-08.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Saúde, Higiene e Segurança no Trabalho no Contexto do Trabalho Digno – A Fragmentação do Meio Ambiente de Trabalho Operada

pela Reforma Trabalhista. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgn.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.399-414.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almeida, 1982.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RENZETTI, Rogério. Prevalência do Negociado sobre o Legislado em Norma Coletiva. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 595-603.

REQUIÃO, Maurício. Autonomia e Suas Limitações. **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 60, out./dez. 2014, p. 85-97.

ROMITA, Arion Sayão. A Reforma (?) Trabalhista. *Revista LTr*. São Paulo: LTr, abr. 2002, ano 66, n. 4, p. 395-401.

_____. Os Limites da Autonomia Negocial Coletiva Segundo a Jurisprudência. **Revista LTr**. São Paulo: LTr. v. 80. n. 9. set/16, p. 1031-1053

RUPRECHT, Alfredo J. **Relações Coletivas de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1995.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia Privada Coletiva e Hierarquia Normativa na Lei n. 13.467/2017: a Questão do Legislado e do Negociado. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da Costa; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; NETO, Silvio Beltramelli (Coord.) **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 471-486.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. Metodologia Jurídica. Trad. Hebe A. M. Caletti Marenco. São Paulo: Edicamp, 2001.

SILVA, Eduardo de Azevedo. Autonomia Coletiva: Limites Desnecessários e Outros nem tanto. **Trabalho e Doutrina – Processo Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1999, n. 20, mar. 99, p 20-25.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Paulo Henrique Tavares da. O Triunfo da Vontade Patronal: Esquema de Prorrogação e Compensação de Jornada Instituída pela “Reforma Trabalhista” Brasileira. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **A Reforma Trabalhista e Seus Impactos**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 323-334.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia Privada Coletiva. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 102 jan/dez. 2007, p. 135-159.
Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 23 abr. 2018.

SIMÕES, Renato Mário Borges. O Negociado (Individual e Coletivo) Sobre o Legislativo. **Interpretação e Aplicação da Reforma Trabalhista no Direito Brasileiro**. In: FILHO, Rodolfo Pamplona; LUDWIG, Guilherme Guimarães; VALE, Silva Teixeira do. (Coord.). São Paulo: LTr, 2018, p. 143-149.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

VILLELA, Fabio Goulart. A Reforma e a Previdência do Negociado Sobre o Legislativo. In: AIDAR, Letícia; RENZETTI, Rogério; LUCA, Guilherme de (Org.). **Revista LTr**. São Paulo: LTr, 2017, p. 31-40.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: Fundamentos de uma Nova Cultura do Direito. 3. ed. rev. E atual.. São Paulo: Alfa Omega Ltda, 2001.