



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MANOELA FERNANDES LEITE ALBUQUERQUE

**ANÁLISE DO “NEGOCIADO X LEGISLADO” À LUZ DA
REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?**

Salvador

2017

MANOELA FERNANDES LEITE ALBUQUERQUE

**ANÁLISE DO “NEGOCIADO X LEGISLADO” À LUZ DA
REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?**

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

Orientador: Prof. Josaphat Marinho Mendonça

Salvador
2017

TERMO DE APROVAÇÃO

MANOELA FERNANDES LEITE ALBUQUERQUE

ANÁLISE DO “NEGOCIADO X LEGISLADO” À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?

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, ____/____/ 2017

Aos meus pais, José Maria e Kátia, que sempre me doaram amor, carinho e lutaram pela minha formação dentro dos preceitos do bem e da justiça. Agradeço a vocês por tudo que sou hoje;

As minhas irmãs, Marcela e Maria Eduarda, que estarão comigo em qualquer situação e que sei que posso confiar;

AGRADECIMENTOS

À Deus por ter me dado saúde e força para superar as dificuldades e concluir esse trabalho, e agradeço também por ser ele tudo em minha vida.

Aos meus pais, José Maria e Kátia, que nunca mediram esforços para que eu concretizasse os meus sonhos e objetivos, sempre me dando amor, carinho e apoio incondicional.

Às minhas irmãs Marcela e Maria Eduarda, que sempre estiveram ao meu lado acreditando, ajudando e incentivando a realização dos meus sonhos.

Ao Matheus Zatti, pelo companheirismo e paciência durante todo o processo de elaboração desse trabalho.

Ao professor Josaphat Marinho Mendonça, pelo suporte e tempo que dedicou e pelas correções que tornaram possíveis a conclusão dessa monografia.

À Glaucia e Gilson, que sempre me trataram como filha e foram de suma importância para que eu conseguisse alcançar o tão sonhado diploma.

Aos meus amigos, que sempre estiveram ao meu lado, me dando força, pelas alegrias e dificuldades compartilhadas, em especial Júlia Gomes Prazeres e André Luís Medeiros.

“A alegria está na luta, na tentativa, no sofrimento envolvido e não na vitória propriamente dita”.

Mahatma Gandhi

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar as mudanças advindas com a reforma trabalhista no tocante aos direitos que podem ser convencionados individualmente ou coletivamente nos contratos de trabalho. Para isso, de salutar valia se faz a análise dos dispositivos advindos da lei 13.467/2017, que estabelecem quais direitos podem ser negociados. Nesta toada, cabe uma especial análise do artigo 611-A, que determina a sobreposição do negociado ao legislado acerca dos direitos elencados em seu rol. Desta forma, necessário se faz falar sobre a representação sindical e a legitimidade dos sindicatos para negociações que possam reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores, visto o modelo da unicidade sindical adotado pelo ordenamento jurídico pátrio. Neste azo, cabe perpassar pelos princípios que regem as relações existentes na seara trabalhista, e a conformidade desses novos dispositivos com a base principiológica deste ramo especializado do direito, principalmente no que toca o princípio da proteção ao trabalhador, o princípio da vedação ao retrocesso e o princípio da adequação setorial negociada. Neste íterim, cabe elencar quais são os elementos do negócio jurídico e sua aplicação ao direito do trabalho, em principal no que concerne à autonomia da vontade, vez que essa é uma determinação do artigo 8º, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho reformada. Por fim cabe a análise do trabalho como um todo para explanar se as hipóteses de negociações trazidas pela reforma trabalhista trouxeram um avanço ou um retrocesso para a sociedade.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, negociação coletiva, negociação individual, autonomia da vontade, liberdade sindical.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	Acordo Coletivo de Trabalho
art.	artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CF/88	Constituição Federal da República
CCT	Convenção Coletiva de Trabalho
OIT	Organização internacional do trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	13
2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS APLICÁVEIS AO TRABALHO	13
2.1.1 Princípio da proteção ao trabalhador	13
2.1.2 Princípio da vedação ao retrocesso social	14
2.1.3 Princípio da norma mais favorável	15
2.1.4 Inalterabilidade contratual lesiva	16
2.1.5 Princípio da imperatividade das normas trabalhistas e princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas	17
2.2 DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO AO DIREITO DO TRABALHO	18
2.2.1 Elementos de existência	21
2.2.2 Requisitos validade	22
2.2.3 Fatores de eficácia	23
2.2.4 Declaração de vontade na constituição do negócio	24
2.2.5 Autonomia coletiva da vontade	27
3 ORGANIZAÇÃO SINDICAL	29
3.1 HISTÓRICO DO SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRO	30
3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO COLETIVO APLICÁVEIS AO MODELO SINDICAL BRASILEIRO.	36
3.3 DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO, PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL E CONVENÇÃO 87 DA OIT.	41
3.4 CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO	46
4 “NEGOCIADO X LEGISLADO” À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?	48
4.1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA POR CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO	49

OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA	
4.1.1 Hipóteses do artigo 611-A que permitem a sobreposição das normas coletivas à lei	51
4.1.2 Hipóteses do artigo 611-B nas quais não são admitidas negociações por convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho	63
4.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E ARTIGO 611-A DA LEI 13.467/2017	68
4.3 CONSTITUCIONALIDADE DA SOBREPOSIÇÃO DO “NEGOCIADO AO LEGISLADO” À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA.	69
4.4 NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR.	72
4.4.1 A igualdade entre as partes como pressuposto para o livre consentimento	75
4.4.2 Reforma da CLT e artigos que permitem o negócio jurídico individual	76
4.5 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA LEI 13.467 DE 13 DE JULHO DE 2017	81
5 CONCLUSÃO	83
REFERÊNCIAS	87

1 INTRODUÇÃO

No dia 13 de julho de 2017 foi aprovada a lei 13.467 que entrou em vigor dia 11 de novembro do mesmo ano alterando a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943. A chamada reforma trabalhista traz em seu bojo diversas alterações que permitem a negociação de normas trabalhistas que vão incidir diretamente no contrato de trabalho individual do obreiro.

Ainda, e talvez como ponto mais relevante das novidades advindas da reforma, foi a adição do artigo 611-A que traz a possibilidade da sobreposição das normas negociadas por convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho às normas legisladas. Nesta senda, o legislador reformador definiu que para que sejam revestidas de validade tais negociações, será analisada somente sua conformidade com os elementos essenciais do negócio jurídico.

Nesta toada, insta trazer à baila a teoria do negócio jurídico e o elemento essencial para a sua formação que é a declaração de vontade, sendo esta essencial nas hipóteses de pactuação individual. Neste passo, cabe esclarecer que a vontade do indivíduo nas negociações coletivas resta mitigada em razão da autonomia coletiva da vontade que será refletida nas convenções coletivas de trabalho e nos acordos coletivos de trabalho a partir das negociações realizadas pelos sindicatos profissionais e patronais.

Diante da importância de tais negociações que refletirão diretamente no contrato individual de trabalho de cada empregado, faz-se necessária a análise da legitimidade da representação dos sindicatos profissionais.

Neste sentido, é de suma importância a análise histórica do sistema de representação sindical no Brasil, mostrando deste seu surgimento na era Vargas com forte influência do corporativismo italiano até os dias atuais, além demonstrar as principais características do modelo sindical pátrio e os princípios aplicáveis ao direito coletivo do trabalho.

Com a explanação da principal particularidade do sistema de representação sindical brasileiro, sendo ela a unicidade sindical, com previsão constitucional, que permite apenas um sindicato de categorial profissional ou econômica por base territorial, é relevante a discussão de tal característica frente ao princípio da liberdade sindical.

À vista disso, é de fundamental importância explicar o que aborda a convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho que trata da liberdade sindical e da proteção do direito à sindicalização.

Depois de discorrer sobre temas necessários à construção do pensamento acerca do questionamento presente no título do presente trabalho, o enfoque será para a análise das possibilidades presentes no texto da reforma trabalhista que permitem a sobreposição do negociado ao legislado, apresentando o artigo 611-A junto com seus dezesseis incisos iniciais, apontando as mudanças que advieram com a medida provisória 808 de 14 de novembro de 2017.

Ao falar dos direitos dispostos pelo legislador reformador que poderão ser objeto de negociação coletiva, imperioso se faz demonstrar quais são os direitos que não poderão ser reduzidos ou suprimidos, sendo objeto ilícito de ACT ou CCT, a partir do exame do artigo 611-B da lei 13.467/2017 e dos seus incisos.

Ainda, insta realizar a análise de constitucionalidade da sobreposição do negociado ao legislado como exposto no artigo 611-A, bem como o exame de tal dispositivo à luz do princípio da vedação ao retrocesso social presente no direito do trabalho.

Noutro giro, há a necessidade de se trazer as possibilidades de negociação individual entre empregado e empregador em diversos incisos da nova legislação trabalhista, e mesmo não havendo em muitas dessas hipóteses a sobreposição do acordado ao previsto em lei, cabe indagar a existência de igualdade entre as partes negociantes para que se tenha um livre consentimento (requisito necessário para a composição do negócio jurídico).

Isto posto, o estudo será direcionado à resposta do questionamento se as mudanças advindas da reforma trabalhista no que concerne às negociações coletivas, foi um avanço ou um retrocesso para a sociedade, assim como se tais alterações que

pressupõem uma intervenção mínima estatal nas negociações terão o condão de diminuir a demanda existente no judiciário trabalhista.

2 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Ante a problemática do presente trabalho imperioso é discutir algumas noções introdutórias para que se possa entender o debatido como um todo. Diante disso, cabe apresentar alguns dos princípios basilares do direito do trabalho que devem ser observados nas mudanças advindas da reforma trabalhista, assim como, explanar do que se trata a teoria do negócio jurídico trazido pelo legislador reformador ao direito do trabalho, e como se dará sua aplicação neste ramo especializado do direito.

2.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRABALHISTAS APLICÁVEIS AO TRABALHO

Os princípios são os mandamentos de otimização existentes em cada seara do ordenamento jurídico, estes norteiam as relações existentes no direito, neste passo, o direito do trabalho elenca uma série de princípios que deverão ser aplicados as relações de labor. Alguns desses princípios inerentes ao direito trabalhista encontram relação direta ao tema que se pretende abordar, desta forma merecem ser melhor explanados.

2.1.1 Princípio da proteção ao trabalhador

O princípio da proteção ao trabalhador é o princípio basilar do direito individual do trabalho e norteador de vários outros princípios, dele se pode extrair que nas normas, princípios e institutos internos do direito do trabalho existe uma maior proteção à parte vulnerável da relação de labor, neste caso, o empregado. Esse princípio tem a finalidade de reduzir o desequilíbrio existente no contrato de trabalho¹.

O princípio em discussão tem aplicação direta no direito individual do trabalho e influencia na própria construção e desenvolvimento da seara trabalhista. Insta expor,

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 201.

que caso não houvesse uma proteção para suprir as diferenças existentes entre as partes do contrato do trabalho o direito trabalhista não se justificaria de acordo com seu histórico².

Em outras palavras, o princípio da proteção é uma espécie de princípio compensador, atuando de forma positiva em relação aos hipossuficientes. Essa proteção tem seu fundamento no artigo 5º da Constituição Federal, que aduz que todos são iguais perante a lei, desta maneira, o princípio em debate garante a chamada isonomia material, onde há a necessidade de tratar desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade³.

2.1.2 Princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso tem sua origem advinda de outros princípios, como o princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, sendo uma garantia constitucional implícita. A ideia extraída do referido princípio é a de que o estado após implementar direitos fundamentais ao indivíduo, não pode reduzir ou aniquilar tais direitos, a menos que exista uma medida compensatória⁴.

Em razão do referido princípio fica vedada a criação de normas jurídicas com o intuito de diminuir o patamar civilizatório já conquistado pelo trabalhador. Esse princípio decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de promover a proteção das normas que fixam condições sociais favoráveis aos indivíduos⁵.

Desta forma, o que se pretende aqui é proteger os direitos sociais garantidos ao trabalhador angariados a partir de anos de luta. A própria Organização Internacional do Trabalho tenta, a partir de suas convenções, expandir as condições mínimas de labor entre seus Estados-membros, sem que para isso dificulte o desenvolvimento de sua

²DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 201.

³ LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2015, p.65.

⁴ MELO, Geraldo Magela. O direito do trabalho e o princípio da vedação ao retrocesso. **Revista do TRT6**. Recife: EJTRT6, 2011, p. 66.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios gerais o direito (ou de outros ramos jurídicos) aplicáveis ao direito do trabalho**. Ed. 4. São Paulo: LTr, 2013, p. 209.

economia. Diante disso, seria totalmente contra os preceitos do direito internacional do trabalho o retrocesso em relação aos direitos já garantidos ao trabalhador⁶.

O direito do trabalho prima pela elevação das condições de trabalho, razão pela qual o princípio da vedação ao retrocesso social se reveste de grande importância nesta seara, devendo sempre haver uma progressividade no tocante aos direitos dos trabalhadores⁷.

Desta forma, o objetivo do referido princípio é o de preservar a condição mais benéfica já lograda pela classe obreira, proibindo a diminuição ou supressão de direitos em razão da criação de novas leis ou alteração contratual⁸.

2.1.3 Princípio da norma mais favorável

Este mandamento de otimização tem sua origem no princípio da proteção, e sua inteligência revela que quando houver mais de uma regra a ser aplicada ao caso concreto, deve-se optar por aquela mais favorável ao empregado, parte hipossuficiente da relação de trabalho, visto que, o direito do trabalho é composto por diversas fontes normativas⁹.

Então ao existir concomitantemente duas ou mais normas com aplicabilidade ao caso concreto, sejam elas estatais, internacionais, judiciais ou autônomas, sempre deve ser aplicada aquela que traz mais benefícios ao obreiro¹⁰.

⁶ CARNEIRO, Thais Safe. Direitos fundamentais e sociais trabalhistas, dignidade da pessoa humana, reserva do possível e proibição ao retrocesso social *in*: DELGADO, Gabriela Neves, Pereira, Ricardo José Macedo de Brito Pereira (coord.). **Trabalho, Constituição e Cidadania. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p. 210.

⁷ AMORIM, Helder Santos. Os clássicos princípios do direito do trabalho *in*: VIANA, Márcio Túlio, ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.) **Como aplicar a CLT à luz da Constituição: Alternativas para os que militam no foro trabalhista**. São Paulo: LTr, 2016, p. 119.

⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2015, p. 105 *passim*.

¹⁰ *Ibidem, loc.cit.*

A partir da análise desse princípio, pode-se extrair que no direito do trabalho não há a aplicação da hierarquia formal das normas, pois pouco importa de onde esta provém, mas sim a situação mais benéfica que trará ao trabalhador¹¹.

Este princípio tem tripla aplicabilidade no direito do trabalho. Primeiramente terá aplicação na fase pré-jurídica, servindo como uma política orientadora da função legislativa quando houver elaboração de uma da norma, trazendo ao plano fático máxima efetividade a isonomia material. Terá igualmente aplicação na fase jurídica quando houver mais de uma norma jurídica passível de aplicação, e atuará também quando o magistrado for interpretar as regras já existentes no ordenamento jurídico¹².

Vê-se que diante da inaplicabilidade da hierarquia formal das normas utilizada em outros ramos do direito o princípio da norma mais favorável irá atuar como critério de hierarquia das normas jurídicas¹³.

Contudo, insta expor que a aplicação da norma mais favorável não pode ser completamente discricionária, nestes casos devem ser obedecidos alguns requisitos, como o respeito ao interesse social, neste caso, por exemplo, não pode haver a aplicação de uma norma que seja mais favorável a um empregador em sua individualidade, mas que resulte em prejuízo à categoria profissional¹⁴.

2.1.4 Inalterabilidade contratual lesiva

No direito do trabalho o princípio da inalterabilidade contratual lesiva tem fundamento no artigo 468 da CLT, o qual aduz que não poderá haver alterações no contrato

¹¹ LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2015, p. 105 *passim*.

¹² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 203 *Et seq.*

¹³ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁴ LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2015, p. 106.

individual de trabalho se não for por mútuo consentimento, ainda revela que, a mudança contratual não pode resultar em prejuízo ao trabalhador¹⁵.

O princípio da inalterabilidade contratual lesiva tem origem no princípio da inalterabilidade contratual advindo do direito civil, o qual advoga que o contrato deve ser cumprido nos exatos termos em que foi acordado. Neste passo, no direito do trabalho, diferente do direito civil é estimulada as alterações contratuais para beneficiar o empregado. Ainda cabe apontar que na seara trabalhista não se pode alegar a onerosidade excessiva contratual ante as obrigações trabalhistas em razão de ser do empregador o ônus de suportar o risco do negócio¹⁶.

Desta forma, como regra, pode-se extrair de tal princípio que é vedada a modificação do contratual individual de trabalho quando dela acarretar ônus ao empregado.

2.1.5 Princípio da imperatividade das normas trabalhistas e princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas

Aduz o princípio da imperatividade das normas trabalhistas que estas são revestidas de caráter obrigatório e não podem ser afastadas pela manifestação de vontade das partes. Desta maneira, não há autonomia das partes para realizar reajustes nas condições do contrato de trabalho. Essa proibição em verdade é um meio de assegurar as garantias fundamentais ao trabalhador, em razão da vulnerabilidade existente no contrato de emprego¹⁷.

No direito individual do trabalho o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas também se faz presente com a finalidade de proteger o trabalhador. Esse princípio concretiza a imperatividade das normas trabalhistas nas relações de labor, de forma que irá assegurar a liberdade do trabalhador dentro da relação de emprego, visto que

¹⁵ HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 3 Ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 26.

¹⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 Ed. São Paulo: LTr, 2013, p.83.

atenuará a restrição de vontade obreira existente diante do sujeito coletivo empresarial¹⁸.

É evidente que diante do desequilíbrio existente nas relações de emprego a autonomia da vontade do trabalhador seja restringida, prevalecendo-se nesses casos a vontade do empregador, deste modo, a justiça do trabalho protege o empregado de transações que impliquem na diminuição de seus direitos, que lhes traga prejuízos¹⁹.

2.2 DA TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO AO DIREITO DO TRABALHO

Diante da lei 13.467 de 13 de julho de 2017 que reformou a Consolidação das Leis do Trabalho a teoria do negócio jurídico ganha aplicação na seara trabalhista onde o legislador reformador afirma que a análise de validade das convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho se dará com a adequação aos elementos essenciais do negócio jurídico.

Tais elementos estão elencados no artigo 104 do Código Civil, o qual condiciona a validade do negócio jurídico à existência de “agente capaz”, “objeto lícito, possível, determinado ou determinável” e “forma prescrita ou não defesa em lei”²⁰.

Entretanto, a análise do supracitado artigo passa do exame da mera literalidade da lei e traz consigo toda uma teoria acerca dos negócios jurídicos que, por força do artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, deve ser aplicada ao direito do trabalho.

O negócio jurídico tem por finalidade a aquisição de um efeito jurídico que pode estar pré-determinado em lei, como também pode surgir em razão da liberdade do indivíduo, tal qual nos contratos, que consistem na maior expressão do negócio jurídico. Em regra,

¹⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de direito individual e coletivo do trabalho**. 4 Ed. São Paulo: LTr, 2013, p.84.

¹⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁰ BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 22 nov. 2017

as partes de uma relação têm autonomia para construir a negociação da forma que desejam, adicionando contornos próprios ao seu conteúdo²¹.

A maior característica do negócio jurídico em sua concepção clássica é a preservação da liberdade individual frente ao Estado. Neste passo, a doutrina passou a ver o negócio jurídico como um exercício da autonomia privada, sendo constituído a partir da declaração de vontade do indivíduo²².

Na concepção clássica, formulada no século XIX, o negócio jurídico é entendido como o ato jurídico que pode se autorregurar a partir da autonomia da vontade, a qual estabelece uma liberdade de escolha. Desta forma, o conceito de negócio jurídico surgiu a partir do Estado liberal e da ideia de intervenção mínima estatal e na liberdade individual maior possível frente ao Estado, por tal razão o negócio jurídico é o maior expoente da realização da liberdade individual. Hoje se pode dizer que o negócio jurídico é uma maneira de criar norma jurídica *inter partes*²³.

A seara jurídica é constituída de elementos de aplicação prática na vida em sociedade, neste azo, o caráter do direito baseado nas experiências sociais, impede que suas instituições tenham conteúdo meramente teórico, visto que, é de fundamental importância que estejam em conformidade com a realidade fática da sociedade a qual estão inseridas.

Por tais motivos, o sistema jurídico deve sempre variar para se amoldar de acordo com o tempo e lugar, se adequando às demandas e mudanças da sociedade. Desta forma, é patente que o conceito de negócio jurídico sob a concepção clássica não poderia permanecer imutável, dado a necessidade de intervenção do Estado com a finalidade de reger situações abarcadas pelo interesse privado²⁴.

Hoje, não restam dúvidas de que a liberdade do indivíduo para realizar um negócio jurídico não é total e absoluta, como se extrai da concepção clássica, mas sim, a autonomia da vontade varia de acordo com os limites impostos pelo ordenamento

²¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico plano da existência**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231.

²² *Ibidem*, loc.cit.

²³ *Ibidem*, p. 232.

²⁴ *Ibidem*, p. 235 *Et seq.*

jurídico, mas sempre havendo a manifestação de vontade, e o livre arbítrio das partes que integram a relação²⁵.

Desta maneira, a vontade se constitui como suporte fático para o surgimento de um negócio jurídico. No entanto, a vontade negocial pode ser limitada pelo ordenamento jurídico de duas formas. A primeira é a própria proibição ou permissão para que esta seja manifestada, e a segunda é a extensão que pode ter a manifestação de vontade quando permitida. O direito que irá estipular quais os pressupostos que devem ser observados para que a vontade seja concretizada em um negócio jurídico. As limitações impostas pelo direito à manifestação de vontade são incontáveis, desta forma, o que existe é um permissivo concedido pelo ordenamento jurídico, não sendo absoluto o poder do indivíduo de autorregular-se a partir de sua vontade²⁶.

Nesta toada, o ordenamento jurídico é que concede um espaço de liberdade para que o indivíduo possa reger seus interesses. Assim, o Estado colocará limites a essa autonomia da vontade a partir das suas normas, que darão margem maior ao seu exercício à medida que há maior ou menor determinação da norma. É verossímil que a vontade só pode ser livremente manifestada quando permitida e em conformidade com o sistema jurídico, se assim não for o negócio jurídico pode ser considerado inexistente, inválido ou ineficaz²⁷.

Pois bem, para que seja explanado melhor o tema apresentado neste tópico, se faz necessário à distinção entre fato jurídico e negócio jurídico.

O fato jurídico é todo acontecimento no mundo real sobre o qual haverá aplicação da norma jurídica e sua análise deve ser feita em dois planos, o da existência e o da eficácia, o negócio jurídico é uma espécie de fato jurídico, sendo assim, para sua análise será levado em conta tais planos, contudo, este é construído a partir de efeitos manifestados como almejados pelo indivíduo. Neste azo, também se faz necessário

²⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico plano da existência**. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 261.

²⁶ *Ibidem*, p. 247 *et seq.*

²⁷ *Ibidem*, p. 249 *et seq.*

que tal manifestação seja válida e para isso, devem ser observados alguns requisitos, que serão analisados no plano da validade²⁸.

Como abordado acima, o negócio jurídico será verificado caso sejam observados, os elementos de existência requisitos de validade e os fatores de eficácia, somente desta forma alcançando a sua perfeita concretização²⁹.

2.2.1 Elementos de existência

Os elementos da existência são divididos em três tipos, aqueles gerais de todo negócio jurídico, os elementos de categoria, os quais vão existir a depender do tipo de negócio, e os elementos particulares, observados de acordo com a peculiaridade de um negócio determinado³⁰.

Dentre os elementos gerais estão aqueles que constituem o negócio, sendo eles, a forma da declaração, seu objeto e as circunstâncias do negócio, que é a própria declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, estes são elementos intrínsecos à formação do negócio. Para mais, existem os elementos extrínsecos, composto pelo agente que irá realizar o negócio, o tempo e o lugar, esses elementos precisam existir antes que o negócio seja constituído³¹.

Os elementos de categoria por outro lado, não irão resultar da vontade das partes e sim de uma imposição do sistema jurídico, tem relação com o tipo de cada negócio e as exigências jurídicas ao redor deste. Além disso, se subdividem em inderrogáveis, que são aqueles que delimitam o tipo do negócio, e os derogáveis, que não são fundamentais à formação do negócio³².

Por fim, os elementos particulares são aqueles que definem um contorno próprio ao negócio, mas não fazem parte da estrutura típica deste. Ademais, quando são

²⁸ AZEVEDO, Antônio de Junqueira. **Negócio Jurídico existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23 *et seq.*

²⁹ *Ibidem/ loc.cit.*

³⁰ *Ibidem*, p. 31.

³¹ *Ibidem*, p. 32.

³² *Ibidem*, p. 35 *et seq.*

integrados à negociação formam seus elementos essenciais, como, por exemplo, o termo, condição e o encargo³³.

Aplicadas ao plano fático, tais subdivisões são de fundamental importância para determinar se o negócio jurídico existe ou não. Quando se trata da ausência de algum elemento geral o negócio será de imediato considerado inexistente. A carência de elementos categoriais irá resultar na falta de identificação de qual categoria o negócio se encontra inserido. Assim haverá indefinição de qual regime jurídico deverá ser aplicado, se o elemento categorial faltante for inderrogável o negócio será inexistente quanto ao seu tipo almejado. Enfim, a análise dos elementos particulares é de extrema valia para observar se no caso concreto será aplicada ou não a ineficácia ou nulidade parcial³⁴.

2.2.2 Requisitos validade

O plano da validade é o principal para a identificação do negócio jurídico, pois traz a manifestação de vontade com a finalidade de produzir efeitos jurídicos. A relevância menor ou maior desta vontade, os limites da autonomia privada, são pontos relevantes à análise da validade³⁵.

A manifestação de vontade é um fator inerente ao negócio jurídico. Desta maneira, ao permitir essa declaração de vontade pelas partes o ordenamento jurídico procura trazer garantias aos interesses dos envolvidos na negociação e de terceiros. Haverá regulamentação para que sejam proibidas declarações opostas ao que é permitido pelo ordenamento jurídico, manifestações que interessem a sociedade como um todo, e principalmente declarações que decorram de vontades frágeis, que não reflitam a realidade ou sejam provenientes de violência³⁶.

³³ AZEVEDO, Antônio de Junqueira. **Negócio Jurídico existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38 *et seq.*

³⁴ *Ibidem*, p. 40.

³⁵ *Ibidem*, p. 41.

³⁶ *Ibidem*, p. 42.

Nesta toada, os requisitos da validade surgem da necessidade do direito de estabelecer exigências para a construção regular do negócio jurídico, estando presentes todos os requisitos o negócio jurídico será válido³⁷.

Tais requisitos poderão ser intrínsecos ou extrínsecos, sendo que os primeiros estão intimamente ligados à declaração de vontade, devendo ser resultado de um processo volitivo, manifestada com completa consciência da realidade, adotada com liberdade e ausente de má-fé. A circunstância negocial, é fundamental para caracterizar o negócio jurídico e também qualificar a declaração de vontade principalmente quando trazemos a construção do negócio para a seara trabalhista³⁸.

Já os requisitos extrínsecos serão aqueles que dotarão de qualidades os elementos de existência, deste modo, são compostos pelo agente capaz, tempo útil e lugar apropriado, nos dois últimos quando houver algum tipo de imposição pelo ordenamento jurídico³⁹.

Os elementos de categoria abordados no plano da existência também serão qualificados a partir dos requisitos de validade, contudo somente os inderrogáveis, assim, as partes precisam ter ciência do tipo de negócio jurídico escolhido e o regime jurídico a ele aplicado para que estejam presentes as qualidades que os elementos categoriais necessitam trazer para que o negócio seja considerado válido, estão ligados ao desenvolvimento específico de cada tipo de negócio⁴⁰.

Os elementos particulares também deverão trazer consigo seus requisitos para que o negócio seja dotado de validade. Desta forma, se o negócio estabelecer alguma condição, termo ou encargo estes, por exemplo, deverão ser possíveis e lícitos⁴¹.

2.2.3 Fatores de eficácia

³⁷ AZEVEDO, Antônio de Junqueira. **Negócio Jurídico existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

³⁸ *Ibidem*, p. 43.

³⁹ *Ibidem/ loc.cit.*

⁴⁰ *Ibidem/ loc.cit.*

⁴¹ *Ibidem*, p. 46 *et seq.*

O último plano a ser observado na composição de um negócio jurídico é o da eficácia. É a eficácia jurídica em relação aos efeitos almejados a partir da manifestação de vontade⁴².

Os negócios jurídicos para surtirem efeito necessitam da presença dos fatores de eficácia, que apesar de extrínsecos ao negócio, colaboram para o resultado pretendido. Nesta senda, existem os fatores de atribuição da eficácia em geral, os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada, e por último os fatores de atribuição de eficácia mais extensa⁴³.

Os primeiros são aqueles fatores que se ausentes, impendem que o ato produza efeitos, como no testamento se não houver a morte do testador, se inexistir a outorga de poderes pelo representado, dentre outros. Em segundo lugar estão os fatores aplicados a negócios que já surtem efeitos, porém, necessitam deles para produzir os efeitos pretendidos, como os casos de legitimidade do agente. O último diz respeito a negócios que já têm plena eficácia geral e da forma visada, contudo precisam de tais fatores para que seus efeitos sejam mais extensos, oponíveis a terceiros, como por exemplo, as medidas de publicidade⁴⁴.

Entretanto, tais fatores não serão aqui amplamente discutidos em razão da importância da teoria do negócio jurídico para o presente trabalho estar diretamente ligado à autonomia da vontade nas negociações.

2.2.4 Declaração de vontade na constituição do negócio

Como supradito, a declaração de vontade constitui-se como a principal característica para a formação do negócio jurídico. O negócio jurídico obrigatoriamente deverá ser composto por uma declaração de vontade, que determina as circunstâncias negociais, socialmente vista como destinada a produção de efeitos jurídicos.

⁴² AZEVEDO, Antônio de Junqueira. **Negócio Jurídico existência, validade e eficácia**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49.

⁴³ *Ibidem*, p. 57.

⁴⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

A declaração de vontade além de constituir requisito de validade como visto alhures, é elemento essencial para o próprio conceito do que é o negócio jurídico, em suma, não haverá negócio jurídico sem declaração de vontade⁴⁵.

E desta forma define José Abreu Filho:

Sendo, como é, o negócio jurídico, como já acentuamos reiteradamente, um ato tipicamente volitivo, a vontade humana será, assim, necessariamente, um dos elementos essenciais⁴⁶.

Entretanto, a vontade negocial, não se consubstancia em uma simples declaração de vontade, e sim na declaração que tem por objetivo produzir efeitos práticos e tutelados pelo ordenamento jurídico⁴⁷.

Em relação à declaração da vontade ainda há a divisão dos juristas entre duas correntes que a classificam de acordo com a intenção. A chamada teoria da vontade estabelece que deve haver uma congruência entre a declaração e a intenção, sendo esta última a pretensão de obtenção do efeito jurídico, neste passo, mesmo que haja declaração, se esta for desprovida de intenção não teria valia⁴⁸.

Nesta toada, os adeptos da teoria da declaração acreditam que o importante é a transmissão desta, não importando a verdadeira intenção do indivíduo. Desta maneira, somente com a declaração o negócio jurídico já estaria apto à produção de efeitos, independente da intenção do agente. Para esta teoria não existiriam os chamados vícios de consentimento⁴⁹.

Em verdade a teoria da vontade é a que se assemelha mais com a própria essência do negócio jurídico, que é a produção de efeitos no mundo jurídico advinda da vontade real do agente, tendo grande importância à intenção, o querer interno deste, mesmo porque a declaração desvinculada da verdadeira intenção do indivíduo pressupõe uma causa externa que influencie em tal vontade.

⁴⁵ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 53.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 61.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 52.

Ademais, a preocupação com a intenção do agente vem disposta no artigo 112 do Código Civil ao expressar que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que o sentido literal da linguagem”⁵⁰. Tal dispositivo revela a conformidade da intenção do legislador com o quanto aduzido na teoria da vontade.

Como já exaustivamente narrado, a vontade tem fundamental importância na constituição de um negócio jurídico, e sobre este expressa José Abreu Filho:

[...] para que se consubstancie de forma válida, desponta, contudo, a emissão da vontade como elemento fundamental. Jamais será, portanto, um negócio jurídico o ato a que se subtraia ou se elimine a vontade. Ausente esta, não se poderá conceber a existência do negócio jurídico.

Contudo, mesmo com a declaração de vontade, podem aparecer determinadas situações onde se verifica uma contaminação ou comprometimento da vontade que foi manifestada, ou esta não estar em harmonia com o que pretendia o sujeito negociante. Nessas hipóteses apesar de constituído o negócio jurídico ele será defeituoso, e apesar de a vontade existir estará abalada em razão de fatores extraordinários. Desta forma, não haverá verdadeiramente uma vontade, e por consequência o negócio jurídico será nulo⁵¹.

No ordenamento jurídico pátrio existem seis tipos de defeitos do negócio jurídico, sendo eles, o dolo, a coação, o erro, a lesão, o estado de perigo e a fraude contra credores, tipificados do artigo 138 ao artigo 165 do Código Civil⁵².

Os defeitos dos negócios jurídicos presentes na legislação pátria podem ser divididos em dois grupos, aqueles que acometem a vontade do agente, os chamados vícios de consentimento, e aqueles em que o agente exprime um consentimento para que se tenha um resultado distinto daquele que parecia querer, violando, desta maneira, direito de terceiros, os chamados vícios sociais⁵³.

⁵⁰ BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art104>. Acesso em: 26 nov. 2017.

⁵¹ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 253 *et seq.*

⁵² BRASIL. *Op.cit.* 2002

⁵³ ABREU FILHO, José. *Op.cit.*, 2003, p. 255.

Para o presente trabalho se torna relevante somente os vícios de consentimento e em especial a coação, razão pela qual somente haverá a explanação deste tipo de vício.

A coação que o legislador traz no Código Civil capaz de macular o negócio jurídico é a coação moral, nesta há uma manifestação de vontade alterada, portanto, diferente da vontade real do agente⁵⁴.

No vício de consentimento supramencionado, sempre resta uma alternativa ao agente, neste caso, o indivíduo negociante pode optar por manifestar sua vontade com a aceitação do negócio, ou se recusar e suportar os ônus advindos do constrangimento. A ameaça irá se operar no psicológico do indivíduo, diante disso, a liberdade do indivíduo estará limitada, tornando o ato anulável⁵⁵.

Trazendo o debate para seara trabalhista, é patente que negócios jurídicos firmados diretamente entre empregados e empregadores, como em algumas hipóteses trazidas pela reforma trabalhista, estarão maculados pelo vício de consentimento, se for levada em conta a vulnerabilidade do empregado e a necessidade de manutenção do seu emprego. Neste azo, mesmo que a ameaça não seja manifestada de forma visível pelo empregador, sempre irá subsistir.

Nesta toada, uma das principais novidades advindas da reforma trabalhista é a sobreposição do negociado ao legislado a partir das negociações coletivas. Diante disso, pode-se apontar, prematuramente que mesmo através de pactuações coletivas muitas vezes a vontade restará prejudicada, tanto pelas razões trazidas no capítulo posterior, como pela própria natureza de tal negociação, onde prevalecerá uma autonomia coletiva da vontade.

2.2.5 Autonomia coletiva da vontade

⁵⁴ ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 292.

⁵⁵ *Ibidem/ loc.cit.*

Aplicando-se a teoria do negócio jurídico ao direito do trabalho é patente que em negociações coletivas há uma limitação à autonomia da vontade existente nos negócios jurídicos.

Nas pactuações coletivas, a autonomia individual da vontade se encontra mitigada, desta forma, fala-se em autonomia da vontade coletiva, a qual decorre da atuação dos sindicatos profissionais e patronais que tem o reconhecimento e outorga estatal para criar normas autônomas⁵⁶.

Desta maneira, a forma de materializar a autonomia da vontade coletiva é através da criação de convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho. O exercício da autonomia da vontade coletiva é vista como uma maneira de democratizar as normas trabalhistas, onde a vontade individual será sobreposta pela vontade coletiva em prol de um grupo de pessoas as quais o sindicato negociante representa.

No bojo da lei 13.467 de 2017, em seu artigo 8º, parágrafo 3º⁵⁷, está expressamente inserido o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Este princípio se revela como um artifício para que sejam diminutas as possibilidades de controle de legalidade e constitucionalidade pela justiça do trabalho das normas produzidas através de negociação. O referido princípio aparenta alargar a margem de negociação com claro intuito de suprimir ou reduzir os direitos da classe obreira⁵⁸.

Contudo, diante do apresentado, cabe esclarecer que mesmo diante da intervenção mínima estatal nas negociações coletivas, vige o princípio da inafastabilidade do poder judiciário e de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”. Isto significa que

⁵⁶ FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **Curso de direito do trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 450.

⁵⁷ “No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”. (BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017).

⁵⁸ TRINDADE, Pedro Mahin Araújo. **Reforma trabalhista, princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva e acesso a justiça**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262623,81042-Reforma+trabalhista+princípio+da+intervenção+mínima+na+autonomia+da>> .Publicado em: 27 jul. 2017. Acesso em: 27 nov. 2017, p. 01.

as negociações coletivas independentemente do disposto em diploma legal, deverão respeitar os direitos assegurados pela CF/88, assim como os princípios basilares do direito do trabalho⁵⁹.

Para mais, a própria lei 13.467 de 2017, assevera que a validade das convenções coletivas de trabalho e dos acordos coletivos de trabalho estará sujeita ao preenchimento dos requisitos dispostos no artigo 104 do Código Civil. Neste caso, a adequação aos elementos essenciais do negócio jurídico, os quais foram debatidos neste capítulo e a ausência de sua observância tornará a negociação eivada de vício.

3 ORGANIZAÇÃO SINDICAL

A organização sindical se refere à partilha de relações coletivas de trabalho entre os membros de determinados grupos tendo como objetivo maior a defesa de interesses destes⁶⁰.

Dentre os sistemas jurídicos presentes em diversos países, em cada um existem suas peculiaridades no tocante às organizações sindicais. Entretanto, podem-se dividir tais sistemas de organização sindical de acordo com suas características. Atualmente a doutrina divide esses sistemas de organização em unicidade sindical e pluralismo sindical⁶¹.

O sistema adotado no Brasil é o da unicidade sindical, existindo diversas objeções no tocante a este tipo de organização acerca da restrição à liberdade de criação de sindicatos por determinados grupos que partilham dos mesmos interesses. Nesse tipo de sistema só é permitido um sindicato de cada categoria por base territorial, isso quer dizer que não restam opções, para os que pertencem a determinado grupo, de escolher

⁵⁹ TRINDADE, Pedro Mahin Araújo. **Reforma trabalhista, princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva e acesso a justiça.** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262623,81042-Reforma+trabalhista+princípio+da+intervenção+mínima+na+autonomia+da>> .Publicado em: 27 jul. 2017. Acesso em: 27 nov. 2017, p. 02.

⁶⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1214.

⁶¹ *Ibidem*, p. 1229.

quem melhor pode defender seus interesses, sendo estes representados obrigatoriamente por uma única organização⁶².

Os que defendem o sistema de organização denominado de unicidade sindical aduzem que tal singularidade promove a união da categoria para que seja facilitada a defesa de interesses comuns a esta⁶³.

A unicidade sindical tem previsão expressa na Constituição Federal, artigo 8º, inciso II, que delimita que a base territorial, a qual somente poderá ter um sindicato por categoria profissional, não pode ser de tamanho inferior à área de um município⁶⁴.

O sistema de organização sindical no Brasil também é caracterizado por sua organização em categorias, sendo esta uma junção de pessoas ligadas pelo desempenho da mesma atividade econômica ou profissional. Deste modo, devendo aqueles que se reúnem em prol da defesa de seus interesses exercerem atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas, como trata o artigo 511 da CLT⁶⁵.

Neste azo, são reconhecidas como atividades idênticas aquelas que agregam empregadores que exercem a mesma atividade econômica ou empregados que laboram no mesmo setor da economia. Na categoria de atividades similares são agregados aqueles que exercem atividades parecidas. Por fim, aqueles que exercem atividades complementares, que se destinam a um mesmo propósito, podem ser incluídos na categoria de atividades conexas⁶⁶.

3.1 HISTÓRICO DO SISTEMA DE ORGANIZAÇÃO SINDICAL BRASILEIRO

⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1229.

⁶³ *Ibidem/ loc.cit*

⁶⁴ GARCIA, Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1300.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 1302.

⁶⁶ *Ibidem/ loc.cit*

Como explanado anteriormente, o sistema sindical brasileiro é organizado por categorias, tal modelo que teve início na era Vargas teve grande influência do corporativismo italiano, com um modelo sindical altamente intervencionista⁶⁷.

O corporativismo é considerado a junção de profissionais por grupos como fundamental forma de estruturação da organização social, econômica e política, este modelo, como aponta o dicionário Houaiss “preconiza a concentração de classes produtoras em forma de corporações tuteladas pelo Estado”⁶⁸.

O modelo corporativista ganhou força em diversos países no início do século XX. Contudo, teve sua origem a partir das ideias disseminadas pelo filósofo Aristóteles que acreditava em uma intervenção do estado na vida social. Desta maneira, surge o modelo sindical corporativista, onde se pode observar a intervenção estatal nos agrupamentos profissionais para uma melhor organização social e controle do Estado⁶⁹. Como supramencionado tal modelo foi implantado no Brasil em razão da forte influencia do modelo italiano.

A linha sindical corporativista italiana teve início por volta do ano de 1922 com a ascensão do governo fascista, que tomou para o Estado o controle sindical e o reconhecimento por este de somente um sindicato por categoria. Apenas a entidade sindical reconhecida pelo Estado poderia representar em âmbito legal os interesses de determinada categoria, estabelecer contratos coletivos de trabalho, dentre outras atribuições, enquanto os sindicatos pré-existentes não reconhecidos não tinham qualquer prerrogativa. Neste ínterim, as entidades sindicais reconhecidas pelo Estado fascista se legitimaram representantes tanto dos empregados como dos empregadores⁷⁰.

⁶⁷ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 274.

⁶⁸ HOUAISS, Antônio, VILLAR, Mauro De Salles, Franco, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: editora objetiva, 2007, p. 884.

⁶⁹ HINZ, Henrique Macedo. O corporativismo na origem do direito do trabalho no Brasil. **Revista LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, dez. 2010, p. 1451.

⁷⁰ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 270.

Em seguimento, o modelo sindical corporativista efetivamente foi inserido na Itália fascista por meio da Lei Rocco em 1926, fato que consagrou a unicidade sindical e a escolha de representação por categoria. Deste modo, seriam defendidos os interesses daqueles que se encaixassem em determinada categoria, mesmo que não estivessem inscritos em sindicato reconhecido, o Estado tinha total ingerência sobre os sindicatos e sua organização. Esse modelo foi confirmado na Itália no ano de 1927 com a *carta del lavoro*⁷¹.

Neste azo, o sistema corporativista que tinha sua máxima na organização dos sindicatos por categoria, deu a estes status de extensão do Estado. Esta influência estatal sobre os sindicatos foi justificada pelo Estado fascista em razão da necessidade de proporcionar o bem comum. Neste contexto, a forma como foi delineada a relação coletiva de trabalho neste período foi um alicerce para o Estado fascista⁷².

A unicidade sindical foi pensada como mecanismo de facilitar o controle por parte do Estado, desta maneira, a organização por categoria, que foi justificada como motivo da maior facilidade de adequar a norma ao fato, escondia um caráter político para melhor domínio Estatal, característica do regime fascista⁷³.

No Brasil o sistema corporativista foi introduzido na era Vargas. O corporativismo italiano ficou aparente no sistema brasileiro com o decreto 19.770/31 que consagrou um sindicalismo acentuadamente intervencionista, neste azo, o decreto revela que as entidades sindicais deveriam ser reconhecidas pelo ministério do trabalho, indústria e comércio, e seriam órgãos para consulta técnica a fim de resolver problemas sociais e econômicos⁷⁴.

Os sindicatos, já neste período, deveriam ser organizados em acordo com o desempenho de atividades idênticas, similares ou conexas, nesta toada, tal modelo definido pelo decreto 19.770 de 1931 impunha uma unicidade sindical, para mais, foi expresso que quando da existência de mais de um sindicato por profissão, seria

⁷¹ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 270 *et seq.*

⁷² *Ibidem*, p. 271.

⁷³ *Ibidem*, p. 272.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 274.

reconhecido àquele que reunisse dois terços da classe, ratificando desta maneira o modelo de sindicato único⁷⁵.

No ano de 1934 foi promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil e apesar de determinar uma pluralidade e autonomia sindical, no mesmo ano, pouco antes da promulgação da Constituição, foi recepcionado como regulamentação das disposições constitucionais o decreto 24.694 o qual ainda condicionava os sindicatos ao reconhecimento do Ministério do trabalho, indústria e comércio, e os considerava como órgão de colaboração do Estado, ademais o intervencionismo estatal se mostrou presente na disposição prevista em seu artigo 22, onde ordenava que periodicamente as entidades sindicais reconhecidas fornecessem relatórios para a autoridade administrativa⁷⁶.

Art. 22. Os sindicatos, uniões, federações e confederações deverão remeter, até 30 dias depois das eleições para os cargos administrativos, ao órgão competente do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, um relatório dos acontecimentos sociais, no qual consignarão, obrigatoriamente, as alterações havidas no quadro dos sócios e os fatos que, pela sua natureza, se prendam a dispositivos deste decreto⁷⁷.

O referido decreto dispunha que os sindicatos de empregados deveriam reunir pelo menos um terço dos empregados da categoria que representava, restringindo desta maneira a liberdade sindical prevista na constituição de 1934, visto que, tal disposição em outras palavras, determinava a existência de no máximo três sindicatos de uma mesma categoria por base territorial⁷⁸.

O modelo corporativista foi realmente consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1937 que teve como maior expoente a *Carta del Lavoro*, que como já mencionado, surgiu na Itália fascista. Tal constituição promulgada no governo de Getúlio Vargas tinha por objetivo enfrentar a questão social de forma autoritária,

⁷⁵ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 274.

⁷⁶ *Ibidem/ loc.cit*

⁷⁷ BRASIL. **Decreto 24.694**, de 12 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24694.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

⁷⁸ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 274.

desta forma, os sindicatos não eram livres, sua formação de organização objetivava o maior controle estatal nas relações de trabalho⁷⁹.

No artigo 138 da Constituição 1937, fica expresso que a associação sindical é livre, contudo, somente um sindicato seria reconhecido pelo Estado para representar a categoria para a qual foi criado, se não fosse desta forma, o governo não teria poder sobre as entidades sindicais, o que culminaria em menor influência sobre a política econômica nacional, neste passo, o governo procurava por um sistema de organização sindical no qual pudesse integrar o sindicato ao Estado e controlar ele⁸⁰.

Neste azo, da Constituição de 1937 extraem-se duas importantes funções concedidas aos sindicatos reconhecidos, a primeira, é o reconhecimento de todos aqueles pertencentes à categoria por ele representada como seus membros, independente de que sejam seus sócios, a segunda é o poder de determinar através de convenções coletivas de trabalho regras obrigatórias a cerca dos contratos de trabalho desses que mesmo não sendo associados pertencem a categoria representada. Tais funções atribuídas à entidade sindical escolhida pelo Estado revela claramente que aquela estaria integrada a este⁸¹.

Para que o corporativismo, que se tentava instalar desde 1931 no Brasil, fosse implantando de vez no país, foi aprovado no ano de 1937 o Decreto-Lei 1.402, o qual foi incorporado à Consolidação das Leis do Trabalho e era regulamentador da Constituição de 1937 em matéria sindical. No artigo 6º do referido Decreto foi definitivamente vedado o reconhecimento de mais de um sindicato por profissão, expressão que seria modificada pelo termo categoria posteriormente⁸².

Em 1940 o Decreto-Lei 2.381 também estabeleceu regras acerca da organização sindical no país, firmando em seu artigo 2º o modelo pautado pela divisão de representação sindical por categorias econômicas ou profissionais, ainda, elaborou um

⁷⁹ GENTILE, Fabio. O Fascismo como modelo: incorporação da “carta del lavoro” na via brasileira para o corporativismo autoritário da década de 1930. **Mediações – Revista de ciências sociais**. Londrina: Uel, jan./jun. 2014, p.92.

⁸⁰ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 275.

⁸¹ *Ibidem/ loc.cit*

⁸² *Ibidem*, p. 276.

quadro de atividades e profissões para especificar quais são as categorias homogêneas e que, portanto seriam representadas pelo mesmo sindicato⁸³.

Para mais, no supramencionado Decreto-Lei, fica determinado que quando categorias consideradas homogêneas não possam constituir um sindicato para sua representação, será permitida a sindicalização através de categorias similares ou conexas, regra que perdura até os dias atuais⁸⁴.

Para que fosse mais bem coordenada à questão da organização sindical por categoria e melhor controle estatal, foi também criada uma comissão de enquadramento sindical no ministério do trabalho, indústria e comércio, que tinha por função solucionar controvérsias acerca do Decreto-Lei 1.402 de 1939, além de ter a prerrogativa de propor ao Ministro do Trabalho, Indústria e comércio subdivisões para a constituição de sindicatos⁸⁵.

Neste passo, seria muito rigoroso estabelecer que os sindicatos deveriam ser formados somente por aqueles que tinham profissões idênticas, em contrapartida era necessário estabelecer uma conexão ou similaridade entre as profissões para não incitar a junção daqueles que poderiam colocar em risco a ordem social, em outras palavras, essa estrutura, tinha mais uma vez como objetivo assegurar o controle estatal sobre as entidades sindicais⁸⁶.

Mesmo com a redemocratização do Brasil com a Constituição de 1946, na qual houve a decretação da liberdade sindical, a regulamentação de tal matéria ficou a cargo de Lei

⁸³ “Art. 2º. Os sindicatos constituir-se-ão, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais, homogêneas, na conformidade da especificação constante do quadro das atividades e profissões a que se refere o artigo anterior, ou segundo as subdivisões que, sob proposta da Comissão do Enquadramento Sindical, de que trata o artigo 8º, foram criadas pelo Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio”. (BRASIL. **Lei 2.381**, de 9 de julho de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2381-9-julho-1940-412322-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017).

⁸⁴ BRASIL. **Lei 2.381**, de 9 de julho de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2381-9-julho-1940-412322-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017

⁸⁵ *ibidem/ loc.cit*

⁸⁶ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 277.

Ordinária, sendo desta forma, recepcionada a Consolidação das Leis do Trabalho e o corporativismo foi mantido⁸⁷.

A Itália rompeu com o modelo sindical corporativista no ano de 1946, aderindo a um modelo democrático, onde existe completa liberdade sindical. Em contrapartida, no Brasil, com a Constituição de 1988, apesar de ser declarada a autonomia das entidades sindicais frente ao Estado, característica democrática, foi mantida a unicidade sindical e a organização dos sindicatos por categoria, evidenciando de tal forma resquícios do corporativismo⁸⁸.

É certo que após a Constituição Federal de 1988 os sindicatos ganharam certa autonomia, visto que, o controle político-administrativo exercido pelo Estado sobre as entidades sindicais foi eliminado com a Carta Magna. Mesmo ante tais avanços, como já explanado, a Constituição manteve traços do sistema corporativista, é o que ficou demonstrado ao se manter a unicidade sindical, presente em seu artigo 8º, inciso IV⁸⁹.

Tal tema se perfaz de grande relevância ao presente trabalho, dado que, a divisão sindical por categorias, assim como a unicidade sindical submete o trabalhador à vinculação a um sindicato que irá tomar decisões por este, como acontece na formação dos negócios coletivos, e que irá gerar modificações no âmbito do seu contrato individual de trabalho sem que o representado possa ao menos escolher a qual entidade deve outorgar tais poderes. Tornando duvidosa a validade da vontade manifestada pelos sindicatos nos negócios coletivos.

3.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO COLETIVO APLICÁVEIS AO MODELO SINDICAL BRASILEIRO

⁸⁷ SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, set. 2002, p. 277.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 278.

⁸⁹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 90.

Em âmbito nacional, o desdobramento histórico do direito sindical na década 30 e 40 dificultou a evolução do Direito coletivo no Brasil. O modelo construído no século XX, não propiciava a aplicação de princípios importantes à existência de tal área do direito. Nesta senda, enquanto normas internacionais versavam sobre liberdade de associação e autonomia sindical, a Lei brasileira parecia ir contrária a estes parâmetros⁹⁰.

A maior parte das normas que versam sobre direito coletivo são supranacionais. Tem previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 o direito do homem em organizar sindicatos com a finalidade de defender os seus interesses, sendo assegurada a liberdade de reunião e associação pacífica, também fica expresso que é vedado obrigar alguém a fazer parte de alguma associação⁹¹.

Em 1966 o pacto internacional sobre direitos civis e políticos expressa que todas as pessoas têm liberdade de se associar umas as outras e criar sindicatos para a defesa de seus interesses. Neste sentido seguem outras normas, que podem ser extraídas da Carta da Organização dos Estados Americanos, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica, da Constituição da Organização da OIT, dentre outras que enfatizam a necessidade da liberdade sindical para que o homem possa alcançar suas pretensões dentro de uma sociedade justa⁹².

O autor Mauricio Godinho Delgado divide os princípios do Direito Coletivo do trabalho em três grupos, sendo estes, os princípios assecuratórios das condições de existência e afirmação da figura do ser coletivo obreiro; os princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical; e por fim, os princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídica das normas produzidas pelos contratantes coletivos⁹³.

O primeiro grupo de princípios aspira propiciar o desenvolvimento das organizações coletivas dos trabalhadores, onde serão construídas as relações que afirmam a

⁹⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 81.

⁹¹ SAKO, Emília Simeão Albino. A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, abr. /jun. 2007, p. 58.

⁹² *Ibidem/ loc.cit*

⁹³ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 82.

existência da figura do ser coletivo. A essência dos princípios integrantes neste grupo é criar e fortalecer o ser coletivo obreiro, para que possa ser propiciada uma representação que expresse a vontade coletiva do grupo de trabalhadores⁹⁴.

O primeiro princípio inserido neste grupo é o da liberdade associativa, que assegura a agregação pacífica de pessoas em razão dos objetivos comuns, deste princípio se pode extrair o princípio da liberdade sindical, de onde se extraem duas dimensões, a positiva e a negativa, naquela é assegurado o direito criação de entidades sindicais e a livre vinculação a um sindicato, e nesta é visualizado o direito de livre desfiliação de alguém a determinado sindicato, o que pode ser retirado da Constituição Federal em seu artigo 8º inciso V⁹⁵.

O segundo princípio que visa assegurar a existência das associações de trabalhadores é o da autonomia sindical que tem por finalidade conferir a estas organizações autogestão, isso quer dizer, sem intervenções do Estado e da classe empresarial, conferindo livre atuação externa e estruturação interna⁹⁶.

O princípio supracitado enfrentou dificuldades para ser aplicado em diversos países do ocidente, assim como no Brasil, que como já explanado, tinha por característica o forte controle estatal sobre as entidades sindicais. Na década de 1930 este princípio inexistiu, dado ao modelo corporativista adotado na época, que condicionavam à criação e extinção de sindicatos ao aval do Ministério do Trabalho, além da forte intervenção deste sobre tais entidades, fato que extirpava sua autonomia. Mesmo após a Era Vargas que durou de 1930 a 1945, o modelo corporativista continuou presente na época em que perdurou a ditadura militar, em razão do seu forte caráter antidemocrático, e, portanto a autonomia sindical não teve espaço. Como discutido anteriormente, o princípio da autonomia sindical se fez presente no ordenamento Pátrio a partir da Constituição Federal de 88, na qual as entidades sindicais se encontraram

⁹⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 82.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 84.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 88.

livres do controle estatal no tocante à sua criação e gestão, além disso, as prerrogativas de atuação dos sindicatos foram alargadas⁹⁷.

O segundo grupo elencado pelo autor Maurício Godinho Delgado de princípios do Direito Coletivo do Trabalho abarcam os princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas⁹⁸.

O primeiro dos princípios do referido grupo é o da interveniência sindical na normatização coletiva, o qual indica que a negociação coletiva somente será válida se nela constar a participação do sindicato obreiro, para que desse modo se tenha uma equivalência em relação à outra parte do negócio, neste caso, o empregador. A luz de tal princípio não é considerada válida qualquer negociação coletiva feita diretamente entre empregados e seu empregador, neste azo, as negociações coletivas no Brasil necessariamente tem que passar pelo crivo do sindicato dos trabalhadores⁹⁹.

O segundo princípio é o da equivalência dos contratantes coletivos. Neste mandamento de otimização o que se preza é pela equivalência de um estatuto sócio-jurídico entre os contratantes coletivos. O empregador por característica própria já é um ser coletivo, estando este vinculado ou não a um sindicato, desta forma pode ser representado por uma entidade sindical, contudo, caso contrário, mesmo atuando individualmente terá natureza de ser coletivo. Ao trabalhador por sua vez, para que seja delineada sua natureza coletiva é necessário se agrupar em entidade representativa. Neste passo, o direito coletivo do trabalho é integrado por seres de mesma natureza¹⁰⁰.

Neste seguimento, para que haja equidade no relacionamento entre os sujeitos do direito coletivo é imprescindível que o ordenamento garanta instrumentos de atuação eficazes para as partes, como a garantia de emprego de dirigentes sindicais, prerrogativas concedidas às entidades sindicais, greve, tais instrumentos diminuem a

⁹⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 89.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 90.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 92.

desigualdade existente entre empregadores e empregados no plano do direito coletivo para que possam contratar¹⁰¹.

O terceiro princípio incluído no grupo de princípios regentes das relações entre os seres coletivos trabalhistas é o da lealdade e transparência na negociação coletiva, o qual advoga que se a finalidade do direito coletivo é construir normas jurídicas é indispensável que seja observada a lealdade e transparência para que se tenha um desenvolvimento democrático no desenrolar da negociação coletiva. O agir com integridade no processo negocial coletivo é essencial para as partes do negócio, pois como já relatado e diferente do direito individual do trabalho, essas partes são equivalentes¹⁰².

O terceiro e último grupo elencado por Maurício Godinho Delgado é o dos princípios regentes das relações entre normas coletivas negociadas e normas estatais, neste caso, como tais normas interagem hierarquicamente, tais princípios revelam a validade e extensão das normas criadas através da negociação coletiva e como essas se relacionam com aquelas criadas pelo direito trabalhista individual¹⁰³.

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva inserido neste grupo traz a ideia de que as normas, constantes em convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, elaboradas através de negociações coletivas têm a efetiva capacidade de criar norma jurídica, que se adequarão ao sistema jurídico em harmonia às normas produzidas pelo Estado. Esse princípio revela a verdadeira essência do direito coletivo do trabalho, que é a de elaborar normas coletivas onde haja a participação dos seres coletivos integrantes de determinada categoria econômico-profissional¹⁰⁴.

O segundo princípio do terceiro grupo é o da adequação setorial negociada, aqui serão trazidos os critérios que visam harmonizar as normas autônomas, ou seja, aquelas

¹⁰¹ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 92.

¹⁰² *Ibidem*, p. 93.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 94.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 95.

produzidas em negociação coletiva por seus destinatários e as normas heterônomas estatais¹⁰⁵.

Por este princípio as normas autônomas podem prevalecer sobre aquelas heterônomas criadas pelo Estado, desde que observados dois critérios, o primeiro é que a norma criada por negociação coletiva deverá abarcar direitos de padrão superior àqueles formulados pela legislação estatal, e o segundo é quando estas normas autônomas tratam de direitos de indisponibilidade relativa, mitigando desta maneira o princípio da indisponibilidade de direitos trabalhistas¹⁰⁶.

Os supramencionados princípios, em sua maioria giram em torno da liberdade associação para que se tenha uma efetiva representação e a proteção do polo mais vulnerável da relação, são amplamente protegidos em âmbito internacional.

3.3 DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO, PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL E CONVENÇÃO 87 DA OIT.

A proteção ao trabalhador ganhou grandes proporções no último século, tal fato foi de suma importância visto que o ser humano passa grande parte da sua vida no ambiente laboral, devendo desta forma ser estimulada a criação de um ambiente de trabalho sadio. Nesta toada, houve grande expansão do Direito Internacional do Trabalho.

O Direito Internacional do Trabalho tem por objetivo fomentar em âmbito laboral os direitos mínimos inerentes à pessoa humana, sendo de demasiada importância para que sejam estabelecidas normas que visam à melhoria das condições de trabalho em âmbito global¹⁰⁷.

¹⁰⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, v. 7, n. 2, abr. /jun. 2001, p. 96.

¹⁰⁶ *Ibidem, loc.cit*

¹⁰⁷ MACHACEK, Maria Cristina Cintra. **Liberdade sindical no Brasil: a convenção 87 da OIT e Constituição de 1988**. BDTD. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PSP_a01325401eb2cb4c31c55370b82df6fb>. Acesso em: 01 de out. de 2017, p. 92 *et seq.*

É inerente às organizações internacionais a competência para estabelecer tratados multilaterais, desta forma, não é uma faculdade dos estados membros, após a ratificação de tratados, implantar ou não as recomendações feitas pelo órgão internacional, mas sim uma obrigação¹⁰⁸.

Hoje a forma mais importante de exteriorizar o direito internacional na seara trabalhista é através da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Criada em 1919 a partir do Tratado de Versalhes, a OIT é composta por vários Estados-membros e tem por objetivo que estes adotem normas internacionais que visam proteger e melhorar as condições de vida à classe obreira¹⁰⁹.

A OIT tem a sua atividade pautada na democracia, vez que é integrada por órgãos colegiados tripartites, onde se encontram presentes representantes dos trabalhadores, dos empregadores e do governo. Ou seja, todas as partes dessa relação podem colocar em discussão suas perspectivas em um mesmo nível de igualdade¹¹⁰.

A constituição da OIT aduz em seu preâmbulo que “a paz para ser universal e duradoura deve se assentar sobre a justiça social”, ainda, traz como exemplo o princípio da liberdade sindical para que se possa alcançar uma melhoria nas condições de trabalho. Desta forma, a fim de atingir a justiça social cabem aos Estados-membros à aplicação do referido princípio¹¹¹.

Para mais, a declaração referente aos fins e objetivos da Organização Internacional do Trabalho, constante no anexo da supracitada Constituição, reafirma como princípio

¹⁰⁸ PEREIRA, Eduardo Lyra Martins. **A liberdade sindical, um direito humano fundamental e sua proteção pela organização internacional do trabalho..** BDTD. Disponível em: <http://btdt.ibict.br/vufind/Record/SANT_710f6aa2283d10781b8da30ee6f7a49b>. Acesso em: 01 de out. de 2017, p. 142 *et seq.*

¹⁰⁹ MACHACEK, Maria Cristina Cintra. **Liberdade sindical no Brasil: a convenção 87 da OIT e Constituição de 1988.** BDTD. Disponível em: <http://btdt.ibict.br/vufind/Record/PSP_a01325401eb2cb4c31c55370b82df6fb>. Acesso em: 01 de out. de 2017, p. 95 *et seq.*

¹¹⁰ VERDE, Valéria Crisóstomo Lima. **Direito constitucional nas relações econômicas: Análise da convenção 87 da OIT e seus reflexos no sindicalismo e na liberdade sindical no Brasil.** BDTD. Disponível em: < http://btdt.ibict.br/vufind/Record/UFOR_384bab85af7c7fbdde25709947d83642>. Acesso em: 05 de out. de 2017, p. 43.

¹¹¹ OIT. **Constituição da organização internacional do trabalho e declaração de Filadélfia.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

fundamental “a liberdade de expressão e de associação”, expressando ainda que esta “é uma condição indispensável a um progresso ininterrupto”¹¹².

A OIT expõe sua atividade normativa através de convenções, recomendações e resoluções, tais normas irão integrar o direito interno de cada Estado-membro ao passo que vão sendo ratificadas. Contudo, a OIT não exige o cumprimento imediato de tais normas, em razão do princípio da soberania Estatal, neste passo, procura fazer com que estas normas, devido a sua importância, tenham efetividade através de discussões conciliatórias¹¹³.

Não obstante, foi estabelecido que os Estados-membros devem observar os princípios estabelecidos pela OIT independente de ratificação de qualquer convenção internacional, para que desta maneira seja efetivada a proteção às relações de labor. Neste azo, é perceptível que a liberdade sindical vem inserida no rol de direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, deste modo, é compreensível que independente da ratificação da convenção 87 da OIT, não seria uma faculdade do Estado brasileiro a adoção do princípio da liberdade sindical¹¹⁴.

Tal convenção se consubstanciou em um importante avanço ao direito do trabalho, visto que, trouxe o tema da liberdade sindical como forma de se obter maior liberdade pessoal e autonomia do trabalhador nas relações de labor¹¹⁵.

A partir da convenção supracitada ficou acordado que os Estados que a ratificassem assumiriam um pluralismo sindical, onde, em uma mesma base territorial poderiam existir diversos sindicatos para a mesma categoria profissional, sendo facultada ao trabalhador a escolha de qual sindicato se vincularia. Todavia tal sistema é vedado pela

¹¹² OIT. **Constituição da organização internacional do trabalho e declaração de Filadélfia**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

¹¹³ MACHACEK, Maria Cristina Cintra. **Liberdade sindical no Brasil: a convenção 87 da OIT e Constituição de 1988**. BDTD. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PSP_a01325401eb2cb4c31c55370b82df6fb>. Acesso em: 01 de out. de 2017, p. 95 *et seq.*

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 102 *et seq.*

¹¹⁵ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim, GONÇALVES, Caio Cesar Gadelha Moreira. A convenção nº 87 da OIT e a Liberdade Sindical no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano XIII, nº 75, nov-dez 2016, p. 107.

Constituição Federal de 1988, dado que, esta estabelece a unicidade sindical. Desta maneira insta firmar que o Brasil não ratificou a convenção nº 87 de 1748 da OIT¹¹⁶.

Em verdade, não há expressamente a palavra pluralidade na convenção 87, contudo, não há nenhuma vedação à liberdade de criação dos sindicatos. O artigo 2º da convenção expressa que os sindicatos poderão ser constituídos por empregados e entidades patronais “sem autorização prévia”, ainda, resguarda o direito de “constituírem organizações a sua escolha, assim como o de se filiarem a essas organizações”. No artigo 3º existe a disposição de que as autoridades públicas deverão se abster de qualquer intervenção capaz de prejudicar o exercício legal das entidades sindicais. Para mais, o artigo 11 assegura o livre exercício do direito sindical e a proteção deste direito pelos membros da OIT¹¹⁷.

Desta forma, todos os artigos elencados acima pressupõe o direito a uma pluralidade sindical, podendo os empregadores e trabalhadores criar mais de uma entidade sindical de uma mesma categoria na mesma base territorial se for de seu interesse, motivo pelo qual o Brasil não ratificou a Convenção¹¹⁸.

A liberdade sindical também pressupõe uma liberdade de associação, que seria a possibilidade do indivíduo se associar ou não à organização sindical de sua preferência e que melhor atendesse seus interesses¹¹⁹. Tal sistema é extremamente interessante ao passo que, com a multiplicidade dos sindicatos estes tenderiam a melhor defender o direito do trabalhador, visto que existiria um interesse na filiação destes.

A Constituição Federal em seu artigo 8º sugere a existência de uma liberdade sindical, no seu inciso V expressa que o indivíduo não está obrigado a se filiar ou permanecer filiado ao sindicato. Contudo, a liberdade sindical apresentada pela Lei Maior é um tanto

¹¹⁶ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim, GONÇALVES, Caio Cesar Gadelha Moreira. A convenção nº 87 da OIT e a Liberdade Sindical no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano XIII, nº 75, nov-dez 2016, p. 107.

¹¹⁷ VERDE, Valéria Crisóstomo Lima. Direito constitucional nas relações econômicas: **Análise da convenção 87 da OIT e seus reflexos no sindicalismo e na liberdade sindical no Brasil**. BDTD. Disponível em: < http://bdttd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_384bab85af7c7fbdde25709947d83642>. Acesso em: 05 de out. de 2017, p. 49.

¹¹⁸ *Ibidem, loc.cit.*

¹¹⁹ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim, GONÇALVES, Caio Cesar Gadelha Moreira. A convenção nº 87 da OIT e a Liberdade Sindical no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano XIII, nº 75, nov-dez 2016, p.110.

quanto tímida, em razão da unicidade sindical, neste segmento, ao trabalhador só é permitida a filiação ao único sindicato da sua categoria existente na sua base territorial ou a não filiação¹²⁰.

Essa unicidade sindical é imposta pelo artigo 8º, inciso II da Carta Magna ao aduzir que é vedado a criação de mais de um sindicato na mesma base territorial e esta não pode ser inferior à área de um município, deste modo, aos empregadores e trabalhadores não restam alternativas de filiação, parâmetro contrário ao que propõe a Convenção 87¹²¹.

Cabe acrescentar que na pluralidade sindical não necessariamente deve existir mais de um sindicato por categoria em uma mesma base territorial, mas sim, seria uma faculdade dos trabalhadores e empregadores, de modo que dentro desta seria comportada a unidade sindical. Neste passo, para a plena liberdade dos trabalhadores, estaria facultado a eles escolher um ou mais sindicatos para representar sua categoria¹²².

Desta maneira, quando houvesse alguma insatisfação quanto a direitos negociados ou quando certa entidade sindical não estivesse beneficiando a categoria, os trabalhadores insatisfeitos poderiam se vincular a outro sindicato, ou até mesmo fundar outro sindicato para a defesa mais eficaz de suas pretensões. Com a unicidade sindical presente no ordenamento jurídico brasileiro, não existe a elencada possibilidade, além disso, as associações já reconhecidas como sindicato não podem perder a prerrogativa de representação da categoria, isto é, não há como este sindicato ser substituído¹²³.

Mesmo a Constituição Federal de 1988 sendo a instituidora do Estado democrático e social de direito e apregoando a liberdade como direito máximo, a unicidade sindical se revela totalmente antidemocrática e fragiliza a defesa dos interesses da classe obreira,

¹²⁰ NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim, GONÇALVES, Caio Cesar Gadelha Moreira. A convenção nº 87 da OIT e a Liberdade Sindical no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano XIII, nº 75, nov-dez 2016, p.110.

¹²¹ VERDE, Valéria Crisóstomo Lima. **Direito constitucional nas relações econômicas: Análise da convenção 87 da OIT e seus reflexos no sindicalismo e na liberdade sindical no Brasil**. BDTD. Disponível em: <http://bdttd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_384bab85af7c7fbdde25709947d83642>. Acesso em: 05 de out. de 2017, p. 49.

¹²² *Ibidem*, p. 52.

¹²³ *Ibidem*, p. 54.

tal limite ao exercício da liberdade sindical é apontado como um resquício do modelo corporativista¹²⁴.

Insta explicar, que os impasses para que seja ratificada a Convenção 87 parte dos próprios sindicatos, tanto os patronais, quanto os dos trabalhadores, a justificativa para tal se dá justamente pelo conflito entre unicidade sindical, presente no modelo pátrio, e o pluralismo sindical propiciado pela OIT. O modelo adotado pela Convenção 87 resultaria em uma competição entre as entidades sindicais, acarretando em prejuízo para aqueles que se mantêm no controle atualmente e não querem perder espaço na representação de empregadores e trabalhadores¹²⁵.

Isto posto, se pode depreender que a liberdade de associação profissional ou sindical expressa no artigo 8º da CF/88 é garantida de forma mitigada, visivelmente existe uma contradição no tocante à ideia da existência de uma liberdade sindical e a obrigatoriedade da unicidade sindical, fato que restringe a representação dos interesses dos trabalhadores e impede que o Brasil ratifique a Convenção 87.

Como delineado anteriormente a Constituição da OIT traz o princípio da liberdade sindical como meio suscetível de melhorar a condição dos trabalhadores, devendo o Estado brasileiro garantir o exercício pleno deste direito para avançar neste sentido, principalmente para legitimar as representações sindicais quando da construção de normas autônomas, isto é, permitir ao obreiro a escolha da entidade sindical que o irá representar.

3.4 CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO

A convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo são as fontes mais importantes da autonomia coletiva no direito do trabalho. A fonte autônoma é caracterizada pelas

¹²⁴ MACHACEK, Maria Cristina Cintra. **Liberdade sindical no Brasil: a convenção 87 da OIT e Constituição de 1988**. BDTD. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PSP_a01325401eb2cb4c31c55370b82df6fb>. Acesso em: 01 de out. de 2017, p. 154.

¹²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro, NASCIMENTO, Marcelo Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8. Ed. São Paulo: Ltr, 2015, p. 136.

normas produzidas pelos próprios interessados, deste modo, os criadores da norma irão se submeter à aplicação desta. Ao contrário, as fontes heterônomas são definidas pela produção de normas por sujeitos diferentes daqueles que integram a relação e que serão destinatários do regramento, podendo citar como exemplo, as leis, costumes, Constituição, súmulas¹²⁶.

A convenção coletiva de trabalho tem caráter normativo e é um instrumento elaborado a partir de uma negociação coletiva, feita por dois ou mais sindicatos representantes da classe patronal e dos trabalhadores, que estabelecem condições de trabalho que serão aplicadas nos contratos individuais daqueles representados que integram a relação de labor¹²⁷.

No âmbito do direito internacional do trabalho, a convenção coletiva se constitui num importante instrumento de conquista dos grupos sociais no tocante ao direito dos trabalhadores e teve sua publicização feita pela Organização Internacional do Trabalho, visto a inegável defesa desta aos direitos sindicais¹²⁸.

O acordo coletivo de trabalho também é um instrumento de caráter normativo produzido através de negociação coletiva, contudo, é elaborada pelos sindicatos das categorias profissionais diretamente com uma ou mais empresas, desta forma, estará vinculando os empregados e empregadores abrangidos pelas partes acordantes, ou seja, neste tipo de negociação o empregador não estará representado por entidade sindical¹²⁹.

Deste modo, tanto nas convenções coletivas de trabalho quanto nos acordos coletivos de trabalho as partes negociantes têm a prerrogativa de autodisciplinarem suas condições de labor, assegurando maior democracia e maior especificidade a estas relações. Este tipo de produção normativa é reconhecida no artigo 7º, XXVI da Constituição Federal como direito fundamental trabalhista¹³⁰.

¹²⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 73 *et seq.*

¹²⁷ *Ibidem*, p. 80.

¹²⁸ PICARELLI, Márcia Flávia Santini. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1986, p. 43.

¹²⁹ MARTINEZ, Luciano. *Op.cit*, 2013, p. 80.

¹³⁰ DELGADO, Gabriela Neves, PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. **Revista LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, dez. 2013, p. 1430.

Como já discorrido, o princípio da adequação setorial negociada cuida dos limites impostos às referidas negociações coletivas, harmonizando as normas produzidas de forma autônoma e a legislação estatal heterônoma. Neste passo, as normas negociadas coletivamente devem observar dois requisitos. O primeiro é que as normas transacionadas devem elevar os direitos trabalhistas, estabelecer mais benefícios, criar um padrão normativo superior ao padrão geral estatal. O segundo é que não há a possibilidade de serem transacionadas parcelas trabalhistas indisponíveis, somente aqueles direitos de disponibilidade relativa¹³¹.

Neste azo, extrai-se que a norma proveniente de acordo ou convenção coletiva deve existir para aperfeiçoar a legislação existente, de forma que resulte em uma progressão social do trabalhador, uma melhoria nas condições de trabalho, evitando um retrocesso em relação ao padrão de proteção já logrado¹³².

4 “NEGOCIADO X LEGISLADO” À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA: AVANÇO OU RETROCESSO?

Com a execrável crise econômica enfrentada pelo Brasil, uma série de projetos em diversas matérias do direito foram propostas pelo governo. Neste passo, a reforma trabalhista exteriorizada pela Lei 13.467/2017 promete uma evolução concernente às relações de trabalho.

Várias foram às justificativas por parte do Estado para que houvesse uma atualização das leis trabalhistas. Primeiramente cabe apontar que a Consolidação das Leis do Trabalho era do ano de 1943, nesta senda, era visualizado um cenário onde as regras aplicadas aos contratos de labor se encontravam defasadas e lacunosas, havia a necessidade de implementar dispositivos acerca das novas condições de trabalho

¹³¹ DELGADO, Gabriela Neves, PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de 1988. **Revista LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, dez. 2013, p. 1434.

¹³² *Ibidem, loc.cit.*

advindas com a globalização e da tecnologia, como por exemplo, o teletrabalho que ainda carecia de regulamentação.

Além da necessidade de mudança do cenário em decorrência da crise econômica, a reforma dos direitos trabalhistas se justificou através da proteção exacerbada ao trabalhador pela Legislação de 1943. Muito se discutia sobre o excesso de protecionismo em relação ao empregado, aduzindo que tal situação acabava por agravar a crise econômica existente no país.

Neste contexto, cabe explanar, que muitos pontos trazidos pela reforma tiveram aparentemente o objetivo de reduzir essa proteção ao empregado, negando a própria história e o porquê da existência desse ramo especializado do direito, dado que, os direitos alcançados através de lutas pela classe obreira foram determinantes para que fossem reduzidas as condições indignas de trabalho suportadas pelos trabalhadores¹³³.

Os duros golpes ao trabalhador trazidos com a reforma trabalhista, explicou o porquê que a lei 13.467/2017 foi editada sem muita discussão prévia e participação popular. É patente a intenção do legislador reformador de trazer uma intervenção mínima do Estado para as relações de labor, em uma tentativa de aproximar tais relações as da seara cível.

Contudo, durante anos foi observado que a existência de uma regulamentação do Estado acerca dos vínculos empregatícios é de fundamental importância para garantir o mínimo de civilidade a estas relações, o intervencionismo estatal levou a um melhoramento das condições de labor e bem-estar dos trabalhadores¹³⁴.

Neste passo, devido ao alarde popular, em sua maioria insatisfeita com os dispositivos trazidos pela reforma, foi editada na data de 14 de novembro de 2017 a medida provisória 808, que altera alguns pontos da lei 13.467/2017.

4.1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA POR CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO NA REFORMA TRABALHISTA

¹³³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 56 *et seq.*

O aspecto essencial da supracitada reforma consiste na sobreposição do negociado ao legislado concernente a direitos trabalhistas abordados pelo artigo 611-A lei 13.467/2017. Assim, tal dispositivo deve ser analisado a fim de estabelecer: estamos diante de uma evolução ou retrocesso acerca dos direitos trabalhistas?

De acordo com a lei que alterou a Consolidação das leis do trabalho de 1943, o acordo coletivo de trabalho e a convenção coletiva de trabalho terá força de lei, se sobrepondo a esta, devendo, desta maneira, estar consoante com o que pressupõe o Código Civil referente aos negócios jurídicos, como debatido anteriormente¹³⁵.

Deste modo, ante todas as conquistas trabalhistas, ao que parece, o projeto de Lei em discussão pretende diminuir o intervencionismo estatal nas relações de trabalho dando espaço à livre negociação entre empregados e empregadores acerca de determinados direitos e deveres durante o pacto de labor. A promessa é a de que tais providências serão benéficas à sociedade em razão da crise econômica.

Importante salientar, que tal dispositivo que invoca a sobreposição da norma negociada à lei atenta contra os princípios basilares do direito do trabalho, pois, como abordado em capítulo inicial, no direito do trabalho brasileiro não há hierarquia entre as normas trabalhistas, isso quer dizer que, a pirâmide normativa aplicada ao direito civil não tem aplicação nesta seara. A pirâmide normativa aplicada ao direito do trabalho é variável, tendo preferência àquela norma que mais confere uma melhoria às condições de trabalho do obreiro, consagrando desta forma o princípio da norma mais favorável¹³⁶.

Para mais, no plano do direito coletivo do trabalho, a aplicação do negócio jurídico firmado a partir de CCT ou ACT se encontrava condicionado à aplicação do princípio da adequação setorial negociada, anteriormente debatido neste trabalho. Aqui se pode concluir que, mesmo antes da reforma trabalhista se vislumbrava a possibilidade da

¹³⁵ COSTA, Armando Casimiro. Reforma trabalhista – projeto de lei n. 6.787/2016 *in*: **Revista LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, jan. 2017, p. 5, *et seq.*

¹³⁶ ALVES, Amauri Cesar, ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, ago. 2017, p. 57 *et seq.*

sobreposição da norma autônoma à heterônoma, desde que aquela trouxesse condições mais vantajosas ao trabalhador em relação a estas¹³⁷.

O princípio da adequação setorial negociada, assim como princípio da norma mais favorável, ao que aparenta, foi ignorado pela lei da reforma trabalhista. O legislador ao criar o artigo 611-A da CLT demonstra uma hierarquia estática da norma autônoma à heterônoma, diferente do que era vislumbrado antes da reforma, ou seja, quando a CCT ou o ACT dispor sobre qualquer matéria elencada em tal artigo, terá prevalência imediata¹³⁸.

Convém destacar, que o princípio da adequação setorial negociada tem origem constitucional, fato pelo qual devia ser mantida sua preservação independente da regra trazida pelo artigo 611-A. Contudo, o legislador tenta explicar a mitigação a tal princípio ao dispor no artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, que a justiça do trabalho “balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”. Desta forma, tenta excluir a obrigatoriedade de somente ser estabelecida em negociações coletivas normas que elevem o padrão de direitos dos obreiros em relação àqueles dispostos em norma estatal. Em verdade, o legislador restringiu a atuação do poder judiciário à análise dos elementos do negócio jurídico em detrimento a lesão aos direitos dos trabalhadores logrados em anos de luta¹³⁹.

4.1.1 Hipóteses do artigo 611-A que permitem a sobreposição das normas coletivas à lei

No tocante às negociações coletivas, o dispositivo que trouxe grande mudança com a reforma trabalhista, ao privilegiar o negociado em face do legislado, foi o artigo 611-A da CLT. Neste dispositivo, há dezesseis incisos, os quais contêm direitos trabalhistas que podem ser pactuados a partir de convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho.

¹³⁷ ALVES, Amauri Cesar, ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, ago. 2017, p. 58.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 59.

¹³⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

Importa noticiar, que como aduzido anteriormente, o presente trabalho não busca examinar pormenorizadamente cada uma das hipóteses legais que permitem a negociação, mas demonstrar que mesmo com a falta de representação efetivamente escolhida pelo trabalhador, seus direitos previsto legalmente, poderão ser suprimidos ou reduzidos em diversos pontos elencados pela reforma

O inciso I, do artigo 611-A, inaugura o rol de direitos que quando submetidos à negociação coletiva, terão prevalência ao legislado. Trata-se de acordo no que concerne à jornada de trabalho, o dispositivo faz uma ressalva aduzindo que devem ser observados os limites constitucionais nestes casos.

Em conformidade com a CLT, em seu artigo 58, a duração normal do labor não pode exceder a oito horas diárias¹⁴⁰. De acordo com o artigo 611-A, a negociação coletiva poderia dispor de forma diversa ao que foi estabelecido na legislação, contudo, em observância à Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XIII, são direitos dos trabalhadores “duração normal do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais”. Desta maneira não poderia ser pactuada jornada de trabalho superior a este limite, fato que torna sem nenhuma funcionalidade o inciso debatido¹⁴¹.

O inciso II trata da negociação no tocante ao banco de horas anual. Em relação a este ponto, não houve inovações com a reforma, pois desde a CLT de 1943 já era autorizada a negociação coletiva referente ao banco de horas, a novidade foi que este direito poderá ser convencionado individualmente¹⁴². Contudo, visto a desejada preponderância do negociado ao legislado, resta à dúvida se poderá ser pactuado o acréscimo à jornada de trabalho em mais de duas horas. Cabe apontar, neste diapasão, que por força da Constituição Federal a remuneração dessa hora extra laborada não poderá ser em percentual inferior a 50% da hora normal de trabalho.

O inciso III do artigo 611-A permite a prevalência da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo de trabalho sobre a lei no que se refere ao intervalo intrajornada, que

¹⁴⁰ BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁴¹ *Idem*. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹⁴² *Idem*. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

poderá ser pactuado em jornadas maiores que seis horas em um limite mínimo de trinta minutos.

Na legislação a regra, que ainda foi mantida na lei 13.467/2017, é de que há intervalo intrajornada de no mínimo uma hora para jornadas de trabalho que excedam seis horas, e para o labor que ultrapasse quatro horas e que seja inferior a seis horas diárias é obrigatório o intervalo intrajornada de quinze minutos. Talvez fosse interessante aqui a aplicação do artigo 71, §3º, ainda mantido com a reforma, que condiciona a diminuição do intervalo intrajornada à autorização do ministério do trabalho, pois desta maneira poderia ser analisado no caso concreto se para o desenvolvimento de uma atividade é necessário um descanso maior do trabalhador, e desta forma até evitar jornadas exaustivas e acidentes de trabalho¹⁴³.

Noutro giro, o inciso IV do artigo que trata da sobreposição do acordo coletivo à lei, aduz que poderá ser negociada a adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE). Tal programa, antigamente denominado de Programa de Proteção ao Emprego (PPE), foi criado no ano de 2015 com o objetivo de preservar os empregos em circunstâncias de retração da atividade econômica, para desta forma, lograr a recuperação financeira das empresas. Esse incentivo é feito através da redução de no máximo 30% (trinta por cento) da jornada e do salário do obreiro, tendo este 50% (cinquenta por cento) do valor reduzido custeado pelo governo, através do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)¹⁴⁴.

Em relação à redução salarial, há de se esclarecer se tal medida afrontaria o princípio da irredutibilidade salarial e da inalterabilidade contratual lesiva. Em verdade, a redução ao salário do empregado na grande maioria das vezes não o traria benefícios diretamente, contudo, a legislação brasileira traz hipóteses que mitigam os princípios supracitados, quando a diminuição do salário é feita através de negociação sindical coletiva¹⁴⁵. No caso do Programa Seguro-Emprego (PSE), essa redução salarial se revestiria em benefícios ao empregado, vez que impede uma dispensa coletiva quando

¹⁴³ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p.116.

¹⁴⁴ BRASIL. **Lei 13.189**, de 19 de novembro de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹⁴⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 864 *passim*.

da existência de crise econômica, estando tal hipótese completamente em consonância com o princípio da proteção ao empregado, de onde decorrem os outros princípios.

Dessarte, as empresas que passam por dificuldades financeiras poderiam, preenchendo os requisitos, aderir ao programa seguro-emprego até 31 de dezembro de 2016, condição que foi alterada pela lei 13.456/2017 para prorrogar esse prazo para 31 de dezembro de 2017¹⁴⁶. A adesão ao programa, como explicitado, veio no bojo da reforma, contudo, mesmo contendo um inciso específico no artigo 611-A o prazo para adesão permanece o mesmo.

Para aderir ao Programa Seguro-Emprego à empresa precisa atender aos requisitos elencados no artigo 3º da Lei 13.189/2015¹⁴⁷. Contudo, há uma incongruência entre a lei que reformou a CLT e o inciso I do artigo 3º da lei que instituiu o PSE, dado que, na redação da primeira lei, a adesão ao PSE é permitida a partir da celebração de acordo coletivo de trabalho específico, enquanto o artigo 611-A permite uma interpretação de que a instituição do PSE também pode ser a partir de convenção coletiva de trabalho, o que seria inadequado visto que tal medida não poderia servir como regra geral para todas as empresas pertencentes ao sindicato negociante, em razão da necessidade ao atendimento de todos os requisitos elencados pela lei que instituiu o PSE.

Contudo, diante das ressalvas feitas, o PSE ainda se constitui como uma medida emergencial interessante ao período que as empresas enfrentam a crise econômica, pois a partir deste programa podem ser evitadas dispensas em massa.

No inciso V do artigo 611-A fica também permitida a realização de acordo coletivo para estabelecer “planos de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado”, bem como prevê a possibilidade de “identificação dos cargos que se encaixam como função de confiança”.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.456**, de 26 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13456.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

¹⁴⁷ “Art. 3º Poderão aderir ao PSE as empresas que se enquadrem nas condições estabelecidas pelo Comitê do Programa de Proteção ao Emprego, criado pelo Decreto nº 8.479, de 6 de julho de 2015, independentemente do setor econômico, e que cumprirem os seguintes requisitos:

I - celebrar e apresentar acordo coletivo de trabalho específico, nos termos do art. 5º;

[...]”. (BRASIL. **Lei 13.189**, de 19 de novembro de 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 26 mar. 2017).

Neste ponto, importante explicar que os trabalhadores que se encontram em cargo ou função de confiança não são submetidos ao disposto no capítulo “da duração do trabalho” disposto na CLT, como aduz o artigo 62, inciso II. Desta maneira, não incidem horas extras a favor destes empregados¹⁴⁸. Todavia, importante relatar que para o direito do trabalho é irrelevante a nomenclatura empregada ao cargo, o que é analisado é o conteúdo da função real (primazia da realidade), desta maneira, a cláusula supracitada terá presunção relativa¹⁴⁹.

Em seguimento, o inciso VI do artigo 611-A, prevê o pacto coletivo para dispor sobre o regulamento empresarial. Os regulamentos de empresa geralmente são feitos de forma unilateral, elaborados pelo empregador, contudo, já se podia ser realizado de forma bilateral, com a participação de empregadores e empregados. A elaboração conjunta do regulamento empresarial resulta em uma forma mais democrática de produção, dado que, há a participação de todas as partes que serão submetidas a este instrumento e não apenas uma imposição à parte obreira¹⁵⁰.

Não obstante, o regulamento empresarial que no Brasil tem caráter facultativo, não pode ser usado mesmo quando convencionado coletivamente para diminuir direitos dos trabalhadores, em razão do princípio inalterabilidade contratual lesiva, da proteção e da norma mais favorável, tampouco, pode tal instrumento ser excluído de apreciação judicial por ter sido feito de forma bilateral. O apresentado nos incisos V e VI não poderão ter o condão de revestir a empresa de proteção contra argumentos de que os documentos são prejudiciais ao trabalhador, unilaterais ou sem publicidade¹⁵¹.

O inciso VII, autoriza a negociação coletiva para dispor sobre representante dos trabalhadores no local de trabalho a que se refere o artigo 11 da Constituição Federal, tema também disciplinado pelos artigos 510-A e 510-D inseridos pela reforma trabalhista. Desta maneira, a eleição dos representantes por negociação coletiva não é

¹⁴⁸ CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma trabalhista comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>> . Acesso em: 17 out. 2017, p. 35.

¹⁴⁹ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p.116.

¹⁵⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro, NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 451.

¹⁵¹ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Op.cit*, 2017, p.116.

obrigatória, porém, poderá ser pactuada a quantidade de representantes e funções, além do tempo de mandato. Cabe ainda assinalar, que muitas vezes pactuar este tipo de negociação não é interessante para o sindicato, visto que esta representação é essencialmente não sindical¹⁵².

O inciso VIII externa que poderá ser objeto de acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho o “teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente”¹⁵³. O teletrabalho veio disciplinado na lei da reforma a partir do artigo 75-A e o trabalho intermitente no artigo 452-A. Tais regras poderão ser mitigadas em razão da negociação coletiva, desta forma, devem ser rejeitadas as pactuações quando visivelmente há a descaracterização destes tipos de prestação de serviço¹⁵⁴.

O regime de sobreaviso previsto para os ferroviários no artigo 244 da CLT e posteriormente aplicado por analogia a todos os trabalhadores que permanecem por grande parte do dia com um celular da empresa ou aguardando o seu chamado por qualquer outro meio, entra no inciso XIII e traz uma expectativa de que as regras referentes a este tipo de labor sejam mais claras, menos vulneráveis e tragam melhorias aos obreiros que se encontram nesta condição¹⁵⁵.

No inciso IX do artigo 611-A é autorizado por negociação coletiva a disposição sobre “remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual”. Acerca das hipóteses de negociações previstas no supracitado artigo percebe-se um caráter muito amplo, que deixa de limitar exatamente os aspectos que podem ser submetidos à pactuação e isso se vislumbra no referido inciso.

No tocante às parcelas que podem ser acordadas pela autorização do inciso acima, importante elencar qual a sua natureza, salarial ou remuneratória. As gorjetas são contraprestações recebidas pelo empregado, contudo são pagas por terceiros. Neste azo, a súmula 354 do TST esclarece que as gorjetas recebidas pelo obreiro integram a

¹⁵² SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p.117.

¹⁵³ BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

¹⁵⁴ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. *Op.cit*, p.117.

¹⁵⁵ *Ibidem, loc.cit.*

remuneração não gerando reflexos, ou seja, não se incluem na base de cálculo para parcelas de hora extra, adicional noturno, repouso semanal remunerado e aviso prévio. Entretanto, existem alguns reflexos decorrentes das gorjetas habitualmente recebidas, como para fins de cálculo do 13º salário, nas repercussões previdenciárias e no FGTS, reflexos estes que não podem ser pactuados¹⁵⁶.

Dentre as remunerações por produtividade estão às comissões, que são parcelas pagas pelo empregador diretamente ao empregado em razão da produção lograda pelo trabalhador no contexto contratual. Desta maneira, as comissões são de natureza salarial, gerando reflexos nas horas extras, repouso semanal remunerado, FGTS, aviso-prévio, 13º salário, férias com 1/3 constitucional, assim, como compõem o salário de contribuição previdenciária do empregado. Destarte, o trabalho 100% comissionado é enquadrado como um tipo de salário por unidade de obra¹⁵⁷.

No salário por unidade de obra, é levada em conta a produção alcançada pelo obreiro como critério para que se possa calcular o salário, independente do tempo laborado pelo empregado. Neste caso, o salário será calculado em razão das unidades produzidas pelo trabalhador, como por exemplo, o número de peças produzidas que terão um valor unitário previamente fixado¹⁵⁸.

Para o tipo de salário supracitado, no ordenamento jurídico pátrio, existem alguns tipos de limitações. Via de regra, sempre será devido ao trabalhador um nível salarial mínimo, desta maneira, o salário por unidade de obra sempre deve observar o salário mínimo e, o empregador também não poderá reduzir substancialmente a quantidade de unidades destinadas à produção do obreiro¹⁵⁹.

O salário tarefa também pode ser classificado como um tipo de remuneração por produtividade, visto que traz como critério para a contraprestação a combinação entre o tempo de trabalho e a unidade de obra. Nesta toada, se o empregado alcançar a produtividade desejada antes do tempo acordado, poderá ser liberado do labor no tempo restante ou poderá continuar laborando a fim de ser remunerado com um *plus*

¹⁵⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 784.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 848.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 820,

¹⁵⁹ *Ibidem*, *loc.cit.*

salarial. Aqui, deve ser garantido o patamar mínimo salarial e, caso o obreiro não alcance a produtividade esperada no tempo pactuado, tendo que se estender na prestação dos seus serviços, será remunerado extraordinariamente¹⁶⁰.

Os prêmios estão vinculados ao desempenho individual do trabalhador ou coletivo dos empregados da empresa e são contraprestações pagas pelo empregador ao obreiro. O prêmio quando pago habitualmente tem natureza salarial, em razão da força atrativa do salário, repercutindo desta maneira em todos os reflexos como aqueles exemplificados em parágrafo anterior. Entretanto, os prêmios são modalidade de salário condição. Deste modo, podem ser suprimidos quando não houver o fato que ensejou sua incidência¹⁶¹. Ainda, cabe explanar que o prêmio concedido de forma eventual não é salário, não sendo, portanto ensejador dos reflexos¹⁶².

Em referência às negociações de tais parcelas, importante observar que quando estas tiverem caráter salarial não pode ser suprimida sua natureza em negociação coletiva, visto à grande desvantagem ao trabalhador, em razão da não repercussão nos reflexos, fato que acarretaria em retrocesso. Neste passo, frente a não delimitação pelo legislador do que pode ser pactuado, importante esclarecer que a natureza salarial é inegociável¹⁶³.

Ademais, por lógica, tais tipos de contraprestações não podem ser negociadas a fim de serem descaracterizadas, todos os seus pressupostos devem ser respeitados com a finalidade de manter um patamar civilizatório mínimo ao empregado.

No inciso X encontra-se a possibilidade do negociado sobrepor o legislado em negociações para que seja tratada a modalidade de registro de jornada de trabalho. A CLT prevê em seu artigo 74, parágrafo 2º que os estabelecimentos que contam com mais de dez empregados devem realizar a anotação da hora de chegada, saída e repouso dos trabalhadores em registro manual, mecânico ou eletrônico. Assim sendo, as

¹⁶⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. Ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 821 *et seq.*

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 852 *et seq.*

¹⁶² NASCIMENTO, Amauri Mascaro, NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 863.

¹⁶³ CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma trabalhista comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>> . Acesso em: 19 out. 2017, p. 35.

partes negociantes poderão estabelecer de qual das formas elencadas acima se dará a anotação da jornada de trabalho.

O inciso XI permite a negociação coletiva para dispor sobre troca do dia de feriado. Tal inciso como muitos outros se mostra muito amplo e não delimita em quais termos a referida troca pode acontecer, entretanto, os sindicatos podem negociar, por exemplo, para que sejam reduzidos ou suprimidos aqueles dias “enforcados” em razão dos feriados, neste caso, um feriado no dia de quinta-feira poderá ser transferido para a sexta-feira, evitando desta maneira o “enforcamento”.

Em seguida, o inciso XII inserido com a reforma, autorizava pactuar por ACT ou CCT o enquadramento do grau de insalubridade ao qual o obreiro estava inserido, e o inciso XIII tratava sobre a negociação para permitir a “prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do trabalho”¹⁶⁴.

Entretanto, o adicional de insalubridade ocorre em razão de o obreiro estar submetido a condições de labor tipificadas mais gravosas, desta forma, recebe o referido adicional os trabalhadores que estejam expostos a agentes nocivos a sua saúde¹⁶⁵. Conforme artigo 192 da CLT de 1943, ainda mantido com a reforma, o percentual do adicional de insalubridade a ser pago é fixado de acordo com o grau baixo, médio ou alto, em 10%, 20% ou 40% do salário mínimo, respectivamente¹⁶⁶.

O inciso XII tinha clara intenção de reduzir o percentual devido em razão do adicional de insalubridade. Neste passo, é ilógico definir que por negociação se possa pactuar o enquadramento do grau de insalubridade percebido pelo obreiro, dado que, este ainda

¹⁶⁴ BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

¹⁶⁵ “Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos”. (BRASIL. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 out. 2017).

¹⁶⁶ *Idem*. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

estará submetido às mesmas condições gravosas de labor e exposto aos mesmos agentes nocivos à sua saúde¹⁶⁷.

Convencionar a prorrogação de jornada em ambiente insalubre sem a devida autorização do órgão competente, como permitia o inciso XIII, é completamente irracional, vez que o trabalhador estará submetido a riscos à sua saúde e a prorrogação será determinada por quem não tem o conhecimento da extensão de tais riscos, neste caso, é patente a necessidade de um *expert* para determinar se a exposição por mais horas em ambiente insalubre poderá agravar a nocividade do agente agressivo e causar danos à saúde do obreiro¹⁶⁸.

Diante dos absurdos trazidos pelos incisos XII e XIII, houve a revogação deste pela medida provisória 808 de 14 de novembro de 2017, enquanto aquele teve sua redação alterada para incluir que só haverá negociação coletiva para dispor sobre enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres “desde que respeitadas, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do ministério do trabalho”¹⁶⁹.

Cabe ainda delinear que tal ponto era controverso na CLT reformada, vez que o artigo 611-B, inciso XVII revela que é objeto ilícito de ACT ou CCT a redução ou supressão dos direitos relacionados às normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, para mais, o inciso XVIII veda no mesmo sentido a diminuição ou extinção do “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”¹⁷⁰.

Neste azo, o disposto no artigo 611-A, inciso XII da lei 13.467/2017, somente poderá ser usado para convencionar o enquadramento do grau de insalubridade quando a condição ficar mais benéfica ao empregado, no máximo poderia haver mediante perito

¹⁶⁷ CASSAR, Vólia Bomfim. Reforma trabalhista comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>> . Acesso em: 19 out. 2017, p. 35.

¹⁶⁸ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁶⁹ BRASIL. **Medida provisória 808**, de 14 de novembro de 2017. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

¹⁷⁰ *Idem.* **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 19 out. 2017.

escolhido em comum acordo entre sindicato e empresa, a elaboração de um laudo fixando os graus de insalubridade nos diversos setores daquela empresa.

Em seguida, com relação ao inciso XIV que determina a possibilidade de negociação coletiva para tratar sobre “prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo”, deve-se esclarecer que o inciso IX do mesmo artigo trouxe a possibilidade de negociação dos prêmios em pecúnia, dado que, esta seria uma forma de remuneração por desempenho individual. Desta maneira, por haver expressamente a possibilidade de negociações no tocante aos prêmios a serem pagos em bens ou serviços e o prêmio em pecúnia está introduzido no bojo de outro inciso, entende-se que qualquer forma de premiação pode ser pactuada.

Finalmente, o inciso XV, encerra o rol que permite a sobreposição do negociado ao legislado para versar sobre a participação nos lucros e resultados da empresa o que, de acordo com lei própria, já poderia ser feito¹⁷¹.

O parágrafo 3º do artigo 611-A traz uma novidade em relação a um direito que já poderia ser negociado coletivamente por força do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, que é a redução salarial por CCT ou ACT. Neste caso, sempre que houver a referida redução, esta será acompanhada da proibição da dispensa imotivada do empregado que teve seu salário reduzido durante o tempo que viger o instrumento coletivo. Inquestionavelmente esta regra trouxe melhoria para os trabalhadores, a única ressalva é a de que não há um teto que defina um limite para a redução salarial, nem quanto tempo está poderá durar¹⁷².

O apresentado no parágrafo 3º se mostra como uma exceção ao aludido no parágrafo 2º, este indica que não acarretará em nulidade da negociação coletiva referente aos incisos do artigo 611-A, a falta de expressa indicação de contrapartida. Neste caso, o desfalque trabalhista não precisa vir acompanhado de uma benesse. Mesmo com desnecessidade de contrapartida, o parágrafo 4º expressa que se houver anulação da cláusula presente em CCT ou ACT, haverá também anulação da cláusula

¹⁷¹ BRASIL. **Lei 10.101**, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm>. Acesso em: 31 de out. 2017.

¹⁷² SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p.114.

compensatória, neste ponto, no entanto, será difícil reconhecer a cláusula que foi negociada em benefício da outra, a menos que esteja expressamente indicada¹⁷³.

No parágrafo 1º do artigo 611-A há a disposição de que “no exame da convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3ª do art. 8º desta Consolidação”. Tal determinação submete a apreciação nas normas coletivas ao exame do negócio jurídico constante no Código Civil, este tema que já foi amplamente debatido no primeiro capítulo traz consigo a necessidade da verdadeira manifestação de vontade pelo indivíduo negociante, já que esta se constitui a principal característica do negócio jurídico, entretanto, a autonomia individual da vontade nestes casos dará lugar à autonomia da vontade coletiva.

Neste passo, é certo que mesmo sendo aplicada a autonomia da vontade coletiva, ao obreiro não é facultada sequer a escolha da entidade sindical pela qual este irá ser representado em razão da falta da efetiva liberdade sindical, como explanado no segundo capítulo. Desta maneira, a principal característica para a construção do negócio jurídico, que é a vontade do indivíduo, é inexistente.

Ainda, cabe explanar, que pelo que se apresenta, o rol do artigo 611-A é meramente exemplificativo, entendimento formado ao ser usada à expressão “entre outros” no *caput* do artigo¹⁷⁴. Entretanto, se tratando de redução ou supressão dos direitos trabalhistas por negociação coletiva, tais hipóteses deveriam ser taxativas.

4.1.2 Hipóteses do artigo 611-B nas quais não são admitidas negociações por convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho

Em contrapartida ao artigo 611-A, o artigo 611-B elenca direitos nos quais a redução ou supressão constituem matéria ilícita de negociação coletiva. Tal artigo, diferente do anterior, ao que aparenta, revela um rol taxativo em razão do uso da expressão “exclusivamente” em seu *caput*. O artigo 611-B praticamente copia, de maneira idêntica,

¹⁷³ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p.114 *et seq.*

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 115.

os incisos pertencentes ao artigo 7º da Constituição Federal, sem demonstrar outros fundamentos que ensejam a proibição de negociação coletiva¹⁷⁵.

Dos trinta incisos constantes no artigo discutido, em dezenove encontra-se redação idêntica àquela presente na CF/88. O rol de incisos é inaugurado pela impossibilidade de minorar ou extinguir direitos concernentes às normas de identificação profissional, incluindo de maneira expressa a anotação da carteira de trabalho, o que não poderia ficar de fora por ser matéria de ordem pública, e caso contrário poderia interferir nos recolhimentos previdenciários¹⁷⁶.

O direito ao seguro desemprego e ao FGTS, elencados nos incisos II e III, não poderiam de qualquer sorte ser convencionados a partir de norma autônoma, visto que, se tratam de fundos públicos, geridos pelo estado e com receita vinculada¹⁷⁷. Cabe explicar, que as parcelas referentes ao FGTS podem sofrer redução em se tratando de acordo individual para extinção do contrato de trabalho, novidade advinda da reforma.

O salário mínimo incluído no inciso IV também é objeto ilícito de negociação. Aqui, cabe ressaltar, que a reforma incentiva em alguns pontos modalidades de trabalho em forma reduzida, como é o exemplo do trabalho intermitente, que são remunerados em acordo com a proporcionalidade de dias e tempo de serviço prestado, nestes casos, o salário mínimo deve ser respeitado em sua proporcionalidade¹⁷⁸.

O décimo terceiro salário, parcela protegida constitucionalmente, foi incluído no inciso V do artigo 611-B. Nesta toada, cabe observar que é inegociável por força deste artigo o décimo terceiro salário nominal, deixando a entender que os reflexos e as integrações podem ser pactuados, diferente do que afirma o inciso VIII da CF/88, que traz como direito do trabalhador o décimo terceiro salário baseado na remuneração integral¹⁷⁹.

O inciso VI expressa o caráter inegociável da remuneração do labor noturno superior ao diurno, trazendo a mesma redação presente no inciso IX do artigo 7º da Constituição Federal. Em seguida, o inciso VII exclui da possibilidade de negociação direitos

¹⁷⁵ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p. 121.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 122.

¹⁷⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁷⁸ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 121.

atinentes à proteção do salário como dispõe a lei, resultando em crime sua retenção dolosa.

O salário-família, licença maternidade, aposentadoria e o seguro contra acidentes de trabalho, presentes nos incisos VIII, XIII, XIX e XX respectivamente são parcelas pagas pela previdência social, deste modo, não há razão para ser negociado por ACT ou CCT.

Presente no inciso IX, o direito ao repouso semanal remunerado, além de contar com lei própria, consta na Constituição Federal, entretanto, a CLT demonstra uma maleabilidade quanto ao dia do descanso, que neste caso poderá ser negociado, até mesmo há permissão para alteração do feriado no artigo 611-A, XI. Mesmo com isso, a CF/88 assevera a preferência pelo repouso semanal remunerado aos domingos¹⁸⁰.

Para mais, como descrito no inciso X, não pode haver pactuação da remuneração do trabalho extraordinário em percentual menor do que 50%, valor este que já se encontra previsto no artigo 7º, inciso XVI da CF/88. O direito às férias remuneradas com o acréscimo de 1/3 a mais que o salário normal também se faz presente na CF/88, artigo 7º, inciso XVII e no artigo 611-B da CLT reformada, inciso XII¹⁸¹.

Ainda, o inciso XI do artigo em debate elenca como inegociável o número de dias de férias devidos ao empregado. Essa disposição não se encontra na Constituição Federal, contudo, houve o bom senso do legislador reformador ao incluir tal inciso no rol do 611-B, respeitando, desta maneira, o artigo 130 da CLT que concede de início trinta dias de férias ao obreiro. O mesmo acontece com o aviso prévio (inciso XVI), mas com disposição na CF/88, este deverá ser pago de maneira proporcional ao tempo de serviço, sendo devido minimamente em trinta dias¹⁸².

A licença paternidade também é inegociável, como prevê o inciso XIV, esse direito também encontra respaldo da Constituição Federal, artigo 7º, inciso XIX, contudo, até

¹⁸⁰ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p. 123.

¹⁸¹ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁸² *Ibidem, loc.cit.*

hoje tal matéria não foi regulamentada por lei, de mesmo modo, tal dispositivo tem o condão de manter esse direito inegociável quando houver sua regulamentação¹⁸³.

O inciso XV expõe o caráter inegociável das regras concernentes à proteção ao mercado de trabalho da mulher. Tal tema tem capítulo próprio na Consolidação das Leis do Trabalho, entretanto, ainda não existe lei própria para regulamentar esta temática, neste azo, quando esta advier não poderá ser objeto de pacto coletivo¹⁸⁴.

Outrossim, o inciso XVII revela que não poderá haver negociação para dispor de direitos concernentes as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho. Aqui cabe explanar que não integra esse inciso as regras relativas à duração do trabalho e intervalo, de acordo com o parágrafo único do artigo 611-B. Esta preponderação aparentemente foi incluída para justificar a introdução do inciso III no artigo 611-A, o qual já foi debatido, entretanto, tal colocação parece absurda, dado que é certo que o período disponibilizado para o descanso é de extrema importância para um labor saudável e produtivo, assim como, para a diminuição de acidentes de trabalho¹⁸⁵.

Outra crítica ao inciso supra debatido era a sua incongruência com o disposto no artigo 611-A, inciso XIII, o qual foi revogado com a medida provisória 808/2017, que permitia a negociação no tocante à prorrogação de jornada sem autorização da autoridade competente em ambientes insalubres, fato já discutido e que se revelava totalmente inconstitucional, visto que o disposto no artigo 611-B, inciso XVIII, encontra respaldo na Constituição Federal no artigo 7º, inciso XVII.

O caráter inegociável da prescrição quinquenal (reclamar os últimos cinco anos) e bienal (reclamar até o limite de dois anos da extinção do vínculo de labor) está descrito no inciso XXI, e não podia ser diferente, visto que além de ser matéria de ordem pública o referido prazo prescricional vem expresso no texto constitucional, artigo 7º, inciso XXIX¹⁸⁶.

¹⁸³ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p. 123.

¹⁸⁴ *Ibidem*, loc.cit..

¹⁸⁵ *Ibidem*, loc.cit..

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 124.

O inciso XXII que aborda a proibição da negociação coletiva com intuito de discriminar o trabalhador com deficiência, além de ter texto idêntico à Constituição Federal, artigo 7º, inciso XXXI, encontra respaldo nos tratados internacionais.

Os incisos XXIII e XXIV inserem no rol do artigo 611-B normas de proteção à criança e ao adolescente, que não poderão ser objeto de negociação coletiva¹⁸⁷. O inciso seguinte afirma o caráter inegociável relativo a igualdade de direito dos trabalhadores avulsos e o empregado com vínculo permanente de labor, direito conquistado na CF/88 e com disposição no artigo 7º, inciso XXXIV¹⁸⁸.

Nesta continuidade, para falar do inciso XXVI, o qual aborda a contribuição sindical, são necessárias algumas considerações. A contribuição sindical na CLT de 1943, por força do artigo 579 era obrigatória, sendo recolhida uma vez por ano¹⁸⁹. Já com a reforma da CLT, o referido artigo foi revogado dando lugar a um texto em que faculta ao trabalhador a partir de autorização prévia e expressa o desconto de tal contribuição. Nesta senda, esse direito foi incluído no rol do artigo 611-B, fato que o torna inegociável. O inciso XXVI também faz alusão no seu texto à liberdade sindical, que como já abordado em capítulo anterior, é garantida de forma mitigada no ordenamento jurídico pátrio¹⁹⁰.

¹⁸⁷ “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

[...]

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes”.

[...]. (BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.).

¹⁸⁸ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p. 124.

¹⁸⁹ “Art. 579 - A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo êste, na conformidade do disposto no art. 591”.

(BRASIL. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 out. 2017).

¹⁹⁰ “Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.” (BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 out. 2017).

O direito de greve ganha espaço no inciso XXVII e, à vista disso, não pode ser objeto de convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho. Com efeito, de outra maneira não poderia ser, dado que, essa disposição advém de redação idêntica constante no artigo 9º da CF/88. Também, a negociação coletiva não pode ser usada para alterar a “definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais” ou as disposições em lei de como será atendida a comunidade nos casos de greve, por força do inciso XXVIII¹⁹¹.

Os tributos também são objetos ilícitos de pactos coletivos (inciso XXIX), assim como outros créditos de terceiros.

Por fim, no último inciso do artigo 611-B adicionado à CLT com a reforma trabalhista, são elencados como inegociáveis diversos direitos no que tange à empregada gestante e lactante, como vedação à discriminação, limite para carregamento peso, direito a licença maternidade de cento e vinte dias (sendo este objeto também de outro inciso), licença em caso de aborto, pausa para amamentação¹⁹². Neste rol também está inserido o artigo 394-A, o qual sofreu grande mudança com a reforma. Na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 era vedado em qualquer hipótese o trabalho da gestante em local insalubre¹⁹³, e agora, a legislação foi alterada para permitir tal labor em atividades insalubres de grau médio e baixo, desde que com autorização médica¹⁹⁴.

4.2 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E ARTIGO 611-A DA LEI 13.467/2017

¹⁹¹ SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017, p. 124.

¹⁹² *Ibidem*, loc.cit.

¹⁹³ “Art. 394-A. A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre”. (BRASIL. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 30 out. 2017).

¹⁹⁴ “Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação”. (BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 30 out. 2017).

O princípio da vedação ao retrocesso social está diretamente relacionado com o direito à segurança jurídica, tal direito foi eleito pelo legislador como fundamental, estando presente no artigo 5º da Constituição Federal, servindo também para que a população tenha uma confiabilidade nas regras emanadas pelo Estado. Esta relação advém da ideia de que tem que ser garantida uma segurança jurídica para que sejam protegidos os direitos sociais constitucionalmente previstos, e para que haja uma limitação à discricionariedade do legislador, impedindo este de beirar o retrocesso social na criação de normas¹⁹⁵.

A função da administração pública vista sob a ótica do princípio em discussão demanda do Estado uma atuação positiva, para garantir a eficácia dos direitos sociais, implementando políticas públicas que visem materializar esses direitos, partindo desse viés, a criação de normas deve disciplinar os particulares e o próprio estado para garantir a concretização desses direitos¹⁹⁶.

Os direitos sociais trabalhistas trazem consigo uma função civilizatória conquistada ao longo de sua história, salientando-se as diversas lutas operárias por condições melhores de trabalho. A histórica luta entre o trabalho e o capital trouxe um viés democrático e civilizatório resultando em um progresso social¹⁹⁷.

Nesta toada, os direitos sociais trabalhistas previstos constitucionalmente trazem uma carga histórica necessária ao Estado capitalista, assegurando um patamar mínimo civilizatório no desenvolvimento da relação laborativa, em que a vedação ao retrocesso social age como meio de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade¹⁹⁸.

O princípio da vedação ao retrocesso social pode ser extraído do artigo 7º da Lei Maior, que expressa que são direitos fundamentais dos trabalhadores todo o disposto em seus

¹⁹⁵ MENDES, Maria da Conceição Meirelles. **Os Direitos Sociais Trabalhistas e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.** BDTD. Disponível em: <http://btdt.ibict.br/vufind/Record/UFOR_1029ed2a4402bb580d989cf323cb8424>. Acesso em: 27 mai. 2017, p. 153 *passim*.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 157.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 161.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 162.

incisos, além de outros direitos que visem à melhoria da sua condição social, isto posto, a Constituição Federal pressupõe que é inadmissível a adoção de normas que tenham por objetivo minorar ou suprimir direitos já alcançados pelos trabalhadores, e que o oferecem condições mais dignas de labor¹⁹⁹.

Em se tratando de negociações coletivas, não se pode esquecer que o princípio da vedação ao retrocesso social também atua sobre elas, pois impede a mitigação de conquistas sociais historicamente alcançadas. Neste passo, tais negociações obrigatoriamente têm que observar o patamar mínimo civilizatório disposto constitucionalmente²⁰⁰.

Em suma, o princípio da vedação ao retrocesso social tem objetivo de impedir que o legislador a partir de práticas arbitrárias aniquile os direitos já conquistados pelos trabalhadores ²⁰¹.

Desta forma, fica vedado ao legislador a criação de normas que diminuam os direitos fundamentais. Contudo, a existência do princípio em debate não pode ignorar as transformações sociais, devendo se adaptar a estas observando a proporcionalidade e justiça²⁰². Isto porque é patente a necessidade de flexibilização das normas trabalhistas frente a crise econômica, entretanto, tais mitigações não podem acabar por aniquilar por completo os direitos já conquistados pelos trabalhadores. O Estado tem por função criar alternativas emergenciais e passageiras para compatibilizar a atual situação do país, contudo, visando assegurar da melhor maneira o direito das partes.

4.3 CONSTITUCIONALIDADE DA SOBREPOSIÇÃO DO “NEGOCIADO AO LEGISLADO” À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA.

¹⁹⁹ MENDES, Maria da Conceição Meirelles. **Os Direitos Sociais Trabalhistas e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.** BDTD. Disponível em: <http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/UFOR_1029ed2a4402bb580d989cf323cb8424>. Acesso em: 27 mai. 2017, p. 62.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 173 *et seq.*

²⁰¹ POMPEU, Gina Vidal Marcílio, PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da Vedação do Retrocesso Social Diante da Crise Econômica do século XXI. **Direito e Desenvolvimento.** João Pessoa, v.6, n. 12, p. 223, *passim*.

²⁰² *Ibidem*, *loc.cit.*

Diante da norma advinda da reforma que autoriza a sobreposição do negociado ao legislado, importante avaliar sua efetividade e se o que ela propõe está em acordo ao que preconiza a Lei Maior²⁰³.

Com fundamento no estado democrático de direito, a Constituição Federal exprime máxima importância à justiça social, pautado nos direitos fundamentais. A Lei Maior além de trazer em seu rol de direitos sociais o direito ao trabalho traz diversos direitos que visam a proteção do trabalhador e materializam o direito geral ao trabalho. Desta maneira, tais direitos e garantias devem servir como parâmetro para interpretação e criação de normas jurídicas²⁰⁴.

Os direitos fundamentais dispostos constitucionalmente protegem o trabalhador contra medidas que interfiram na sua liberdade e que tenham por finalidade a restrição de seus direitos, mesmo que estas medidas sejam advindas do Estado²⁰⁵.

Destarte, como os direitos fundamentais não são absolutos, na relação trabalhista, muitas vezes se faz necessário a aplicação de limites aos referidos direitos para que se tenha um equilíbrio entre interesses distintos. Neste passo, a Constituição Federal atribui como direito dos trabalhadores o reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho²⁰⁶.

O que se pretende com a nova reforma é utilizar o dispositivo constitucional supracitado para que se tenha uma sobreposição do negociado ao legislado, com a ressalva de que a contrariedade ao garantido na Constituição Federal seria analisado com base no princípio da proporcionalidade²⁰⁷.

Neste cenário, os princípios dispostos constitucionalmente entram em conflito, onde se tem o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas colidindo com outros

²⁰³ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do Negociado sobre o Legislado na Reforma Trabalhista. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, nov. 2016, p. 26 *passim*.

²⁰⁴ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁰⁵ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁰⁶ *Ibidem*, *loc.cit.*

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 28.

princípios de melhoria da condição de trabalho, como o da irrenunciabilidade de direitos²⁰⁸.

Quando existe colisão entre os mandamentos de otimização, um deles necessita ser mitigado, devendo se optar por aquele que cause menos prejuízos à esfera jurídica de quem ele se aplica. Em outras palavras, a benesse obtida deve superar o que se perde com a mitigação de um dos princípios, desta maneira, se faz necessário nos casos concretos a utilização do princípio da proporcionalidade, tendo em vista a existência de mais de uma possibilidade jurídica²⁰⁹.

Entretanto, a referida solução encontra-se um tanto que descabida, dado a verossímil hipossuficiência do empregado que raramente irá reclamar algo durante o vínculo de labor, ademais, tal questão poderia ocasionar um aumento das demandas judiciais e acabar por ferir a segurança jurídica, onde as partes estarão à mercê da discricionariedade do magistrado.

Não é à toa que já houve em dois momentos anteriores a tentativa de sobrepor o negociado ao legislado, contudo todas as tentativas não tiveram êxito. No primeiro projeto de lei apresentado no ano de 2001 houve forte resistência dos partidos, sindicatos e da associação dos magistrados da Justiça do Trabalho, neste passo, no ano de 2003 foi atendido o pedido de arquivamento do projeto de lei. Em 2012 houve nova tentativa, onde a mesma ideia restou infrutífera²¹⁰.

Deste modo, basta observar a história para compreender que a adoção de tal medida necessitaria de muitas mudanças para prosperar, a exemplo de uma reforma sindical, para que haja uma representação legítima a partir de uma verdadeira liberdade. A nova proposta feita no ano de 2016 que visa à prevalência do negociado sobre o legislado se apresenta como mais uma tentativa, em época de crise econômica, grande desemprego e fragilidade social, de implantar um regime que furta direito dos trabalhadores, sem que sejam adotadas medidas de equilíbrio para relação de labor, favorecendo desta forma somente os empregadores.

²⁰⁸ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do Negociado sobre o Legislado na Reforma Trabalhista. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, nov. 2016, p. 29.

²⁰⁹ *Ibidem*, loc.cit.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

A Constituição Federal reconhece os acordos e convenções coletivas, contudo, tais instrumentos não devem ser usados para dilacerar direitos constitucionalmente previstos e sim para oferecer melhores condições de labor aos trabalhadores. Alternativas devem ser pensadas com o fulcro de manter as relações de trabalho em época de retração financeira, entretanto tais medidas que mitigam princípios existentes na seara trabalhista não devem ser definitivas como propõe a reforma.

4.4 NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR.

Além da sobreposição do negociado ao legislado exteriorizada pelo artigo 611-A da CLT através de ACT ou CCT, o legislador traz possibilidades de negociação individual entre empregador e empregado no bojo da própria lei, que apesar de não haver uma sobreposição está diretamente ligada à autonomia da vontade das partes, que muitas vezes pode estar maculada visto à vulnerabilidade do empregado.

A lei que reformou a CLT de 1943 em diversos momentos presume uma igualdade contratual e jurídica entre o empregado e o empregador e aparenta esquecer a noção de vulnerabilidade. Tenta-se aproximar o contrato de trabalho ao contrato típico do direito civil, submetendo a relação de labor a esta área do direito. Tal disposição muitas vezes pode chegar a mitigar o princípio regente no direito do trabalho da inalterabilidade contratual lesiva, dado que, tais acordos podem ser realizados no início e no curso do contrato de trabalho²¹¹.

Apesar de o legislador reformador submeter as negociações ao disposto no direito civil, tal desígnio não condiz com a realidade fática, visto a impossibilidade muitas vezes de se obter uma livre manifestação de vontade, em razão da subordinação jurídica existente, da necessidade de manutenção do emprego que leva a uma desigualdade entre as partes contratantes²¹².

²¹¹ ALVES, Amauri Cesar, ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, ago. 2017, p. 61

²¹² ALVES, Amauri Cesar, ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, ago. 2017, p. 61.

Noutro giro, cabe recordar que essa valorização dos acordos individuais em detrimento da lei pode acabar por gerar uma sobreposição da vontade do empregador à vontade do empregado, partindo da análise de que em momento de crise econômica onde a oferta de empregos é baixa o trabalhador tende a se sujeitar a todas as condições opostas pelo empregador para manter seu emprego²¹³.

De outro lado, não se pode esquecer que o obreiro se encontra submetido ao direito potestativo do empregador à dispensa, deste modo, em momento de negociação a ameaça do desemprego se torna uma realidade²¹⁴.

A grande questão é que a sujeição do empregado nem ao menos pretende garantir uma estabilidade de emprego. A convenção 158 da OIT poderia trazer grande equilíbrio a estas relações de labor com o surgimento da reforma trabalhista, neste caso, a convenção que foi ratificada pelo Brasil e posteriormente denunciada pelo governo, se integrada ao ordenamento poderia trazer uma equidade às relações de trabalho, visto as mudanças propostas no projeto de Lei²¹⁵.

A aludida convenção estabelece a existência de uma motivação para que haja a dispensa, estando totalmente em consonância com a Constituição Federal que condena a dispensa arbitrária, e com o princípio da continuidade da relação de emprego²¹⁶. Desta forma, em acordo com o artigo 4º do referido tratado internacional, a dispensa poderia ocorrer por motivos relacionados à capacidade do empregado, seu comportamento e fundamentada nas necessidades de funcionamento da empresa²¹⁷.

O governo deve querer garantir a continuidade das relações de labor para que a economia esteja aquecida. A necessidade de adoção de flexibilizações aos ditames trabalhistas para que haja a manutenção do vínculo empregatício, ainda mais diante do

²¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o Modelo Negociado sobre o Legislativo no Brasil? **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, nov. 2016, p. 13.

²¹⁴ *Ibidem*, loc.cit.

²¹⁵ *Ibidem*, loc.cit.

²¹⁶ DIAS, Maria Beatriz Ribeiro. **A dispensa individual motivada sob a perspectiva constitucional**. BDTB. Disponível em: < http://bdtd.ibict.br/vufind/Record/PSP_744bbaff70e1d9c522ae2d9c4b0d8c6a>. Acesso em: 07 mai. 2017, p. 81 *passim*.

²¹⁷ OIT. **Convenção 158**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/539004.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

período de crise econômica é uma realidade, destarte, é de fundamental importância que seja determinado um equilíbrio entre as partes dessas relações.

Para mais, em termo de negociações coletivas é patente à desvantagem proveniente da questão educacional de grande parte dos trabalhadores, como de muitas vezes dos dirigentes sindicais. Os empregadores detêm mais poderes de convencimento e contam muitas vezes com assessorias especializadas que facilitam o convencimento dos sindicatos profissionais, o que influencia tanto na negociação individual como na coletiva²¹⁸.

Por ser a relação de emprego dotada de caráter contratual, há uma ferrenha discussão sobre a possibilidade negocial entre as partes, dado que, o princípio da proteção existente no direito do trabalho está inserido no ordenamento jurídico pátrio para garantir o equilíbrio das partes, desta forma, em tese estas poderiam exercer sua autonomia privada. Entretanto, o vislumbrado no plano do dever ser não condiz com a realidade fática²¹⁹.

Os princípios e direitos trabalhistas são constantemente desrespeitados, a abertura para negociações que mitigam os princípios existentes no direito do trabalho, na maioria das vezes, tornaria estas eivadas de vício de consentimento, dado a necessidade do trabalhador de manter seu posto de trabalho, principalmente em razão da falta de emprego e quantidade de pessoas que buscam por este. Neste passo, acaba por surgir uma dependência do empregado àquele trabalho dado a necessidade de obter renda, nesta toada, sua liberdade negocial torna-se quase que inexistente²²⁰.

De fato, existem alguns pactos de labor onde há a existência de margem negocial entre empregado e empregadores, contudo, não são essas relações que devem ser levadas em consideração pelo legislador ao elaborar leis, as normas que visam à proteção do empregado devem ser pensadas em vista da existência dos mais vulneráveis.

²¹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o Modelo Negociado sobre o Legislativo no Brasil? **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, nov. 2016, p. 14.

²¹⁹ WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. Limites a disponibilidade convencional de direitos trabalhistas: pontos de tensão entre autonomia privada individual, autonomia privada coletiva e o modelo intervencionista estatal *in*: WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira, FACÓ, Juliane Dias (coord.). **Temas aprofundados em direito e processo do trabalho: estudos em homenagem ao professor Cláudio Brandão**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 44 *passim*.

²²⁰ *Ibidem, loc.cit.*

4.4.1 A igualdade entre as partes como pressuposto para o livre consentimento

Como anteriormente analisado, a manifestação de vontade é requisito necessário para a realização de um negócio jurídico, essa vontade deve ser livre e consciente, existindo algum vício neste sentido, é permitida por lei a declaração de invalidade do ato defeituoso²²¹.

Neste passo, o Código Civil assevera a importância da verdadeira intenção das partes, ao revelar uma sobreposição desta ao sentido literal da linguagem nas declarações de vontade²²².

A vontade das partes se consubstancia a essência do negócio jurídico, esta tem íntima ligação com a liberdade do indivíduo na realização de negócios jurídicos, partindo deste entendimento é certo que a vontade viciada restaria por violar a própria liberdade do indivíduo²²³.

Para o exercício desta liberdade é imprescindível à existência de igualdade entre as partes. Contudo, essa igualdade deve ser a material, onde os desiguais devem ser tratados de forma desigual na medida de sua desigualdade, sendo dever do estado neutralizar tais desigualdades para garantir o equilíbrio entre os contratantes²²⁴.

Esta desigualdade poderá ser observada de diversas formas na celebração do negócio jurídico, entretanto no direito do trabalho, na maioria das vezes, a desigualdade se revela no poder econômico da parte empregadora em relação à situação financeira desfavorável do empregado. As regras emanadas pelo Estado têm a função de manter o equilíbrio entre essas partes com a finalidade de evitar negociações onde esteja

²²¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil parte geral volume I**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.85.

²²² “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. (BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 26 mai. 2017).

²²³ PESSOA, Valton Dória. **Transação Extrajudicial nas Relações Individuais do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.12.

²²⁴ *Ibidem*, p.13.

aniquilada a manifestação de vontade livre e verdadeira²²⁵, agir de modo contrário hoje estaria beirando o retrocesso nessas relações e do que já foi conquistado.

A legislação protetora encontra-se fundamentada em estabelecer essa igualdade entre as partes, impossibilitando um eventual comportamento desleal da parte mais forte, e garantindo a liberdade do mais fraco, no direito do trabalho é imprescindível que a liberdade e a igualdade andem juntas. Neste passo, é evidente que a legislação trabalhista de 1943 é extremamente protetora e parcial, mas essa é a forma de compensar a desigualdade existente entre as partes da relação²²⁶.

A igualdade material nessas situações onde o indivíduo necessita do salário para sua sobrevivência é difícil de ser alcançada, principalmente quando vislumbrado em época de crise econômica. O que ainda se pode ser notado é uma suposta liberdade de direito, mas é inexistente a liberdade de fato.

Há uma dificuldade em se analisar o vício de vontade durante as relações de trabalho, em que muitas vezes o consentimento é alcançado frente à posição hierárquica desfavorável de uma das partes²²⁷. Nesta toada, tal irregularidade no negócio jurídico firmado só seria descoberto quando do encerramento do vínculo de labor, momento em que o empregado já teve seu direito vilipendiado.

Isto posto, fica evidente que nas relações de trabalho dificilmente haverá uma situação de igualdade entre as partes para que se possa realizar negociações individuais. Mesmo diante disso, a lei 13.467/2017 trouxe em seu texto diversas possibilidades de negociação direta entre empregador e empregado, o que provavelmente no plano fático será aplicado como uma imposição patronal.

4.4.2 Reforma da CLT e artigos que permitem o negócio jurídico individual

²²⁵ PESSOA, Valton Dória. **Transação Extrajudicial nas Relações Individuais do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003, p.13 *et seq.*

²²⁶ *Ibidem*, 14 *et seq.*

²²⁷ *Ibidem*, p.19.

O legislador reformador autoriza em vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho a sobreposição da lei pelo negócio jurídico firmado individualmente entre empregado e empregador.

No texto da lei 13.467/2017, ao artigo 59 da CLT foram acrescentados mais dois parágrafos em que é permitido o acordo de forma individual. O parágrafo 5º do referido artigo permite o negócio jurídico em relação ao banco de horas, desde que escrito²²⁸.

A CLT de 1943 no caput do artigo já autorizava a prorrogação de jornada pelo máximo de duas horas por acordo individual entre empregado e empregador, contudo, as horas extras eram remuneradas em pelo menos 20% superior à hora normal de trabalho, esse percentual foi majorado para 50% pós reforma, o que deixou a CLT em congruência com a CF/88, visto que, esta estabelece em seu artigo 7º, inciso XVI, a remuneração pelo labor extraordinário em no mínimo 50% da hora normal de trabalho²²⁹.

A novidade pós-reforma foi que poderá ser ajustado individualmente o sistema de banco de horas, neste caso, em vez do empregado perceber o valor correspondente pelas horas extraordinariamente laboradas poderá negociar para não receber o acréscimo no salário e compensar o excesso de horas pela diminuição em outro dia, desde que seja respeitado o limite máximo de um ano²³⁰.

O artigo 59 pós-reforma também inovou com o parágrafo 6º, onde permite o acordo individual para estabelecer a compensação de jornada. Em verdade, o Tribunal Superior do Trabalho já vinha admitindo a validade do negócio jurídico individual entre empregador e empregado no tocante à compensação de jornada, através de sua súmula de número 85, desde que o acordo não fosse tácito²³¹. Neste passo, a medida incluída na reforma não trouxe grandes novidades.

Ainda no tocante à jornada de trabalho, o artigo 59-A pós-reforma facultou as partes através de acordo individual escrito estabelecer o regime denominado de 12 x 36, desta

²²⁸ BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

²²⁹ *Idem*. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

²³⁰ *Idem*. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 13 out. 2017.

²³¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1145 *et seq.*

maneira, caso pactuado pelo empregador diretamente com o empregado, este trabalhará doze horas seguidas, com direito à trinta e seis horas seguidas de descanso²³².

A mudança supramencionada foi uma das que causou mais indignação á população, e em razão das diversas opiniões negativas essa previsão foi alterada pela medida provisória 808 de 14 de novembro de 2017²³³. Desta maneira, foi excluída a previsão que permitia a adoção do regime de 12 x 36 a partir de acordo individual de trabalho, somente podendo o empregador adotar este tipo de regime através de CCT ou ACT, da mesma forma que era disposto na CLT de 1943. A mudança no artigo 59-A traz uma exceção quando se tratar de entidades que atuem no setor da saúde, onde ainda poderão ser realizados acordos individuais.

Destarte, a Consolidação das Leis do trabalho de 2017 traz um tópico novo referente ao teletrabalho, que seria a prestação de serviço fora das dependências do empregador, e em seu artigo 75-C revela que por disposição no contrato individual a prestação de serviço na modalidade de teletrabalho será estabelecida, no parágrafo 1º fica expresso que por acordo individual pode haver alteração do regime presencial de labor para o regime de teletrabalho, contudo, ao que parece pela redação do parágrafo 2º, para alterar o regime de teletrabalho para o regime presencial basta a determinação pelo empregador que deverá realizar um aditivo contratual²³⁴. Neste caso seria correto que fosse observado o princípio da inalterabilidade contratual lesiva, visto que, em muitos casos o teletrabalho pode ser mais benéfico ao empregado.

Ainda se tratando de teletrabalho, o artigo 75-D da CLT reformada revela que as partes estabelecerão contratualmente “as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária para a prestação do trabalho remoto”, ainda se poderá estabelecer por contrato individual como se dará “o reembolso de despesas arcadas

²³² BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

²³³ *Idem*. **Medida provisória nº 808**, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 30/11/2017.

²³⁴ *Idem*. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 14 out. 2017.

pelo empregado”²³⁵. A medida adotada entra em confronto com o princípio da alteridade previsto no artigo 2º da CLT, em que expressa que os riscos da atividade econômica serão assumidos pelo empregador²³⁶.

Adiante se pode observar a mudança da CLT no que concernem as férias do trabalhador. Na CLT de 1943 as férias deveriam ser concedidas em um único período e excepcionalmente em dois períodos, e um destes não poderia ser inferior a dez dias, a regra antiga, em seu parágrafo 2º, ainda restringe esse parcelamento de férias nos casos em que o empregado tenha menos de dezoito anos e mais de cinquenta anos de idade²³⁷. Com a nova regra desde que se tenha o consentimento do empregado o período de férias poderá ser dividido e três, ou seja, se ajustado mediante acordo individual. Na CLT reformada o parcelamento das férias se dará em três períodos contanto que não seja inferior a quatorze dias corridos um deles e a cinco dias corridos os demais, para mais, o parágrafo segundo foi revogado²³⁸.

Antes da reforma o artigo 396 da CLT, inserido na seção que versa sobre a proteção à maternidade, concedia um horário especial de descanso para a lactante, no qual a mulher teria mais dois descansos de meia hora cada um para que pudesse amamentar seu filho, até que este completasse seis meses de idade²³⁹. Com a reforma o referido artigo se manteve intacto, todavia, foi inserido o parágrafo 2º para definir que os horários do descanso especial deverá ser estabelecido em acordo individual entre o empregador e a lactante²⁴⁰.

O artigo 444 da reforma inova com o seu parágrafo único, o qual aborda que o disposto no artigo 611-A, também inserido pós reforma, o qual autoriza a sobreposição do negociado ao legislado concernente a vários direitos através de CCT ou ACT, poderá ser negociado individualmente desde que o empregado tenha diploma de nível superior

²³⁵ BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²³⁶ *Idem*. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²³⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

²³⁸ BRASIL. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²³⁹ *Idem*, *Op.cit.*

²⁴⁰ *Idem*. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

e receba “salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social”²⁴¹.

No capítulo referente à rescisão foi inserido o artigo 484-A, o qual aborda sobre a extinção do contrato de trabalho através de acordo feito entre empregado e empregador, neste caso, o aviso prévio indenizado e a indenização sobre o saldo do FGTS de 40% serão devidos pela metade, podendo o trabalhador movimentar sua conta vinculada ao FGTS no limite de 80%, contudo, não podendo ingressar no programa de seguro-desemprego²⁴².

O artigo 507-A da CLT de 2017 traz a possibilidade de o empregado que percebe remuneração superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do regime geral de previdência social, junto ao seu empregador pactuar cláusula compromissória de arbitragem, regra que não estava inserida na CLT de 1943²⁴³.

Ao autorizar que alguns trabalhadores possam realizar arbitragem para dirimir questões relacionadas ao contrato de trabalho é importante observar que o artigo 1º da lei 9.307/96 revela que só poderão ser submetidas à arbitragem demandas relativas a direitos patrimoniais disponíveis²⁴⁴.

Por fim, com a reforma trabalhista, o artigo 507-B estipula que os empregadores junto aos seus empregados podem firmar termo de quitação anual de obrigações trabalhistas perante o sindicato dos empregados da categoria, tanto na vigência como ao final do contrato de emprego, revelando desta maneira mais uma hipótese de acordo individual²⁴⁵.

Nesta hipótese, o legislador reformador objetiva quitação ampla, geral e irrestrita de parcelas trabalhistas quando feita com assistência do sindicato obreiro, como assinala a súmula 330 do TST. Cabe lembrar que a quitação do que já foi pago se encontra disciplinado no artigo 477, §2º da CTL, a possibilidade de quitação anual e na vigência

²⁴¹ BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

²⁴² *Ibidem*, loc.cit.

²⁴³ *Ibidem*, loc.cit..

²⁴⁴ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. (BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 23 out. 2017).

²⁴⁵ BRASIL. *Op. cit.*

do contrato de trabalho pode acarretar em vício de vontade quando da quitação das parcelas, isso porque o empregado ainda estará submetido às ordens do empregador, o que revela maior vulnerabilidade comparada à quitação feita ao término do contrato²⁴⁶.

4.5 MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA LEI 13.467 DE 13 DE JULHO DE 2017

A lei que reformou a CLT de 1943 entrou em vigor cento e vinte dias após sua publicação oficial, e além das mudanças apontadas como objeto do presente trabalho trouxe outras transformações para o cenário jurídico trabalhista brasileiro.

Neste íterim, dúvidas surgiram sobre a sua aplicabilidade nos contratos de trabalhos em cursos. Nesta toada, para desvendar a resposta correta é necessário buscar o princípio constitucional do direito adquirido.

O direito adquirido está previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXVI, e estabelece como garantia que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Desta maneira, os direitos já incorporados ao contrato de trabalho não podem ser extintos em relação a aqueles que já os adquiriram²⁴⁷.

Neste azo, todo o pactuado em acordo coletivo de trabalho e convenção coletiva de trabalho estará assegurado até o final de sua vigência. Destarte, todos os incisos do artigo 611-A discutidos no presente trabalho carecem de aplicação para os contratos de trabalho que se encontram em vigência, isso quer dizer, que mesmo após a entrada em vigor da lei 13.47/2017, os acordos realizados coletivamente somente poderão ser aplicados para os contratos de trabalho novos.

A grande problemática que acompanha essa questão do direito adquirido na reforma trabalhista é que não podendo aplicar o novo regime jurídico aos contratos de trabalho em curso, o empregador poderá exercer seu direito potestativo a dispensa do

²⁴⁶ CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma trabalhista comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16**. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>> . Acesso em: 19 out. 2017, p. 30.

²⁴⁷ LIMA, Francisco Meton Marques de. **Reforma trabalhista. Entenda ponto por ponto**. São Paulo: LTr, 2017, p. 9.

empregado, assim contratando outros trabalhadores para a aplicação das normas contratuais que lhe sejam mais favoráveis.

No bojo da lei que reformou a CLT não há nenhuma garantia aos empregados com contrato de trabalho vigente antes da reforma, fato que pode resultar em diversas dispensas de trabalhadores protegidos pela lei anterior.

5 CONCLUSÃO

Diante de toda discussão apresentada é verossímil que o ponto trazido pela reforma trabalhista, que pretende sobrepor o convencionado pelos sindicatos às normas legais, beira o retrocesso em relação aos direitos já logrados pelos trabalhadores, assim como os dispositivos que abrangem as possibilidades de negociação individual nas relações de trabalho.

Os dispositivos que permitem tais tipos de negociações afrontam a base principiológica do direito do trabalho e botam em dúvida a própria razão de existir desse ramo jurídico especializado.

Os princípios base do ramo jurídico trabalhista foram ignorados pelo legislador reformador. O princípio da norma mais favorável, que advoga a favor da aplicação da norma mais favorável para o empregado no caso concreto, não terá mais aplicação nos dispositivos debatidos, dado que, o legislador trouxe uma hierarquia estática às normas trabalhistas ao dispor que quando estas forem coletivamente negociadas terão o condão de afastar o estabelecido em norma heterônoma estatal.

Cumpram afirmar, que o princípio da imperatividade das normas trabalhistas, assim como o princípio da indisponibilidade de tais direitos também foram diretamente atacados, em razão das normas trabalhistas estatais poderem ser afastadas pela manifestação de vontade das partes, excluindo, desta forma, seu caráter obrigatório.

O que se aparenta pretender, com o forte caráter negocial trazido com a lei 13.467/2017, é estabelecer uma menor intervenção estatal no tocante aos contratos de trabalho, aproximando estes àqueles que podem ser estabelecidos na seara cível, contudo neste último, a autonomia da vontade se mostra imprescindível para uma negociação válida, esta autonomia se encontra mitigada no direito do trabalho.

A autonomia da vontade é limitada no direito trabalhista justamente para manter uma maior liberdade individual do obreiro durante o seu vínculo empregatício, por este motivo, o estabelecimento do contrário deixa os trabalhadores a mercê da vontade de

seus empregadores, visto que as circunstâncias negociais não são propícias para aqueles.

Ademais, cumpre informar, que a autonomia da vontade, mesmo nos negócios realizados no âmbito cível, deve variar em conformidade com os limites impostos pelo ordenamento jurídico, essas limitações à extensão da manifestação da vontade são feitas não só pelas regras como também pelos princípios aplicados aos ramos do direito, tal fato, traz uma impossibilidade de serem estabelecidos acordos que diminuam ou extinguem direitos já garantidos aos trabalhadores.

Cabe ainda sinalizar, que a vontade viciada torna o negócio jurídico anulável, pois atinge diretamente sua validade. Nesta senda, a mácula à vontade pode ser apontada em um negócio jurídico trabalhista por diversos motivos.

Nas negociações que poderão ser firmadas de maneira individual, em razão da aplicação da teoria do negócio jurídico ao direito do trabalho, deve prevalecer a chamada teoria da vontade, que estabelece que a manifestação de vontade deve coincidir com a intenção do agente negociante. A declaração desprovida de intenção levaria a invalidade do negócio.

Na seara trabalhista é patente que nos casos em que é permitida a negociação individual a coação moral tende a existir, ou mesmo subsistir, dado que, ou o obreiro aceitará realizar o negócio, ou terá que suportar os ônus advindos da sua recusa, sendo na maioria das vezes, a dispensa.

Desta forma, há uma impossibilidade na aplicação das regras do negócio jurídico ao ramo do direito do trabalho visto as peculiaridades existentes neste. A hipossuficiência do empregado impede a manifestação de vontade verdadeiramente intencionada do indivíduo, tal fato pode levar a anulabilidade da maioria destes pactos individuais, fato que acarretaria em um aumento da demanda judiciária.

Noutro giro, refletindo sobre as pactuações que poderão ser firmadas coletivamente através dos sindicatos, o modelo da unicidade sindical adotado pelo ordenamento jurídico pátrio é o maior motivo que torna rasa de legitimidade os acordos firmados coletivamente pelas entidades sindicais.

A imposição da existência de somente um sindicato de cada categoria por base territorial revela que o indivíduo obreiro não pode optar por qual entidade melhor representará seus interesses, sendo obrigado a ser representado pelo único sindicato de sua categoria que pode existir.

Veja que o trabalhador não pode escolher a quem vai outorgar sua possibilidade de exercer a vontade, desta forma, não é razoável que as entidades sindicais, as quais o empregado é representado obrigatoriamente, possam negociar a diminuição ou extinção dos seus direitos.

A representação por categoria, assim como o modelo de unicidade sindical trazem uma forte influencia do corporativismo oriundo da Itália fascista, onde havia um alto intervencionismo estatal nas relações de trabalho. Atualmente tal modelo não tem mais razão de existir, e a solução seria a adoção do pluralismo sindical para que as negociações coletivas se tornem legítimas, consagrando também o princípio da liberdade sindical.

Impende dizer que adotar como modelo o pluralismo sindical seria interessante, pois com a multiplicidade de entidades sindicais haveria a tendência de maior proteção aos direitos da classe trabalhadora, já que haveria um interesse na filiação obreira.

O estímulo à implementação da liberdade sindical vem da própria organização internacional do trabalho, a qual o Brasil é Estado-membro. Já que a OIT tem por finalidade a proteção e o estabelecimento de uma melhora das condições de vida da classe trabalhadora, não teria porque o Estado Brasileiro não adotar as suas recomendações e ratificar suas mais importantes convenções.

A convenção 87 da OIT que prima pela adoção da liberdade sindical e traz implicitamente no seu texto a adoção ao pluralismo sindical não foi ratificada pelo Brasil, fato que dificulta a implementação desse sistema no país. Mesmo existindo no texto constitucional o direito à liberdade sindical esta é garantida de forma tímida.

Outro ponto que é controverso na sobreposição do negociado ao legislado para reduzir ou extinguir direitos do trabalhador é o princípio da adequação setorial negociada que rege as relações coletivas de trabalho. Para este princípio, as normas autônomas só podem prevalecer sobre as heterônomas quando a negociação estabelecer direitos de

padrão superior aos formulados pela legislação estatal. Desta maneira, mais uma vez o legislador ignorou as bases principiológicas do direito do trabalho.

O artigo 611-A da lei 13.467/2017 traz um rol aparentemente exemplificativo com hipóteses muito abrangentes e pouca delimitação do que pode ser negociado, trazendo uma insegurança jurídica aos trabalhadores. Em contra partida, o artigo 611-B que deveria delimitar quais direitos não poderiam ser negociados em razão da proteção ao obreiro, somente traz uma cópia do que já era assegurado pelo artigo 7º da Constituição Federal.

Diante do exposto, conclui-se que diversos dispositivos trazidos pela reforma trabalhista revelam a intenção do Estado em reduzir a proteção ao trabalhador, negando a história e o motivo da existência desta seara jurídica. Resta claro, a intenção de igualar às relações de trabalho as relações existentes do direito civil.

Isto posto, diante das mutações sociais tem-se que as reformas no ordenamento jurídico são necessárias, mas há de ser observada como são feitas as mudanças. Mudar é essencial, mas a mudança de forma equivocada pode acarretar em diversos prejuízos à sociedade.

REFERÊNCIAS

ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVES, Amauri Cesar; ALVES, Roberto das Graças. Reforma trabalhista e o novo “direito do capital”. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, ago. 2017, p. 47-74.

AMORIM, Helder Santos. Os clássicos princípios do direito do trabalho *in*: VIANA, Márcio Túlio; ROCHA, Cláudio Jannotti da (coord.) **Como aplicar a CLT à luz da Constituição: Alternativas para os que militam no foro trabalhista**. São Paulo: LTr, 2016, p. 107-121.

AZEVEDO, Antônio de Junqueira. **Negócio Jurídico existência, validade e eficácia**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. **Decreto 24.694**, de 12 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24694.htm>. Acesso em: 22 ago. 2017.

_____. **Lei 2.381**, de 9 de julho de 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2381-9-julho-1940-412322-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 30 ago. 2017

_____. **Lei 5.452**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 15 out. 2017.

_____. **Lei 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 23 out. 2017

_____. **Lei 10.101**, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10101.htm>. Acesso em: 31 de out. 2017.

_____. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm#art104>. Acesso em: 26 nov. 2017.

_____. **Lei 13.189**, de 19 de novembro de 2015. Disponível em:
<www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm>. Acesso em: 23 mar. 2017.

_____. **Lei 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 27 nov. 2017

_____. **Lei nº 13.456**, de 26 de junho de 2017. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13456.htm>. Acesso em: 17 out. 2017.

_____. **Medida provisória 808**, de 14 de novembro de 2017. Disponível:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em: 20 de nov. 2017.

CARNEIRO, Thais Safe. Direitos fundamentais e sociais trabalhistas, dignidade da pessoa humana, reserva do possível e proibição ao retrocesso social *in*: DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto (coord.). **Trabalho, Constituição e Cidadania. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2014, p.198-211.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Reforma trabalhista comentários ao substitutivo do projeto de lei 6787/16**. Migalhas. Disponível em:
<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/5/art20170503-01.pdf>>. Acesso em: 17 out. 2017.

COSTA, Armando Casimiro. Reforma trabalhista – projeto de lei n. 6.787/2016. **Revista LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: LTr, jan. 2017, p. 5-6

DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. Acordos coletivos de trabalho: possibilidades e limites firmados pela Constituição Federal de

1988. **Revista LTr. Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: LTr, dez. 2013, p. 1429-1438.

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

_____. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho.** Porto Alegre: Síntese, v. 7, abr./jun. 2001, p. 79-98.

_____. **Princípios gerais do direito (ou de outros ramos jurídicos) aplicáveis ao direito do trabalho.** 4.ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIAS, Maria Beatriz Ribeiro. **A dispensa individual motivada sob a perspectiva constitucional.** 2013. Dissertação. Orientador: Profa. Carla Teresa Martins Romar. (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Curso de direito do trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2007.

GARCIA, Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GENTILE, Fabio. O Fascismo como modelo: incorporação da “carta del lavoro” na via brasileira para o corporativismo autoritário da década de 1930. **Mediações – Revista de ciências sociais.** Londrina: Uel, v.19, jan./jun. 2014, p. 84-101.

HINZ, Henrique Macedo. O corporativismo na origem do direito do trabalho no Brasil. **Revista LTr Legislação do Trabalho. Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência.** São Paulo: LTr, dez. 2010, p. 1450-1457.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro De Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa.** Rio de Janeiro: editora objetiva, 2007.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho.** 3.ed. São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o Modelo Negociado sobre o Legislativo no Brasil? **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, nov. 2016, p. 9-15.

LIMA, Francisco Meton Marques de Lima. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2015.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. A prevalência do Negociado sobre o Legislativo na Reforma Trabalhista. **Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo: Síntese, nov. 2016, p. 19-32.

MACHACEK, Maria Cristina Cintra. **Liberdade sindical no Brasil: a convenção 87 da OIT e Constituição de 1988**. 2009. Dissertação. Orientadora: Silvia Carlos da Silva Pimentel. (Mestrado em direito) – Pontifícia universidade católica de São Paulo PUC, São Paulo.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico plano da existência**. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELO, Geraldo Magela. O direito do trabalho e o princípio da vedação ao retrocesso. **Revista do TRT6**. Recife: EJTRT6, v.21, 2011, p. 65-80.

MENDES, Maria da Conceição Meirelles. **Os Direitos Sociais Trabalhistas e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. 2009. Monografia. Orientador: Profa. Gina Vidal Marcílio Pompeu. (Mestrado em Direito) – Fundação Edson Queiroz Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

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

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. _____. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim; GONÇALVES, Caio Cesar Gadelha Moreira. A convenção nº 87 da OIT e a Liberdade Sindical no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Porto Alegre: Magister, ano XIII, nº 75, nov/dez 2016, p. 106-125.

OIT. **Constituição da organização internacional do trabalho e declaração de Filadélfia**. Disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf>. Acesso em: 03 out. 2017.

_____. **Convenção 158**. Disponível em: <

<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/539004.pdf>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

PEREIRA, Paulo Eduardo Lyra Martins. **A liberdade sindical, um direito humano fundamental e sua proteção pela organização internacional do trabalho**. 2005. Dissertação. Orientadora: Ana Virgínia Moreira Gomes. (Mestrado em direito) – Universidade Católica de Santos, São Paulo.

PESSOA, Valton Dória. **Transação Extrajudicial nas Relações Individuais do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini. **A convenção coletiva de trabalho**. São Paulo: LTr, 1986.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da Vedação do Retrocesso Social Diante da Crise Econômica do século XXI. **Direito e Desenvolvimento**. João Pessoa, v.6, n. 12, p. 216-273.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil parte geral volume I**. 34. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SAKO, Emília Simeão Albino. A atuação dinâmica e eficiente dos sindicatos como garantia de realização dos direitos fundamentais e sociais dos trabalhadores. **Revista de direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, abr./jun. 2007, p. 56-78.

SILVA, Homero Batista Mateus da Silva. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: revista dos tribunais, 2017.

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. A categoria como critério para organizar sindicatos nos ordenamentos jurídicos italiano e brasileiro. **Revista direito do trabalho**. São Paulo: revista dos tribunais, jul./set. 2002, p. 269-278.

TRINDADE, Pedro Mahin Araújo. **Reforma trabalhista, princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva e acesso a justiça**. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI262623,81042-Reforma+trabalhista+principio+da+intervencao+minima+na+autonomia+da>> .Publicado em: 27 jul. 2017. Acesso em: 27 nov. 2017.

VERDE, Valéria Crisóstomo Lima. **Direito constitucional nas relações econômicas: Análise da convenção 87 da OIT e seus reflexos no sindicalismo e na liberdade sindical no Brasil**. 2014. Dissertação. Orientadora: Gina Vidal Marcilio. (Mestrado em direito) – Universidade de Fortaleza, Ceará.

WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira. Limites a disponibilidade convencional de direitos trabalhistas: pontos de tensão entre autonomia privada individual, autonomia privada coletiva e o modelo intervencionista estatal. *In*: WYZYKOWSKI, Adriana Brasil Vieira; FACÓ, Juliane Dias (coord.). **Temas aprofundados em direito e processo do trabalho: estudos em homenagem ao professor Cláudio Brandão**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 19-78.