PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito Privado

Fernanda Nigri Faria

O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: caminhos para a reconstrução da resistência a partir das fontes do Direito do Trabalho

Belo Horizonte

2020

Fernanda Nigri Faria

O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: caminhos para a reconstrução da resistência a partir das fontes do Direito do Trabalho

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito do Trabalho.

Orientador: Prof. Doutor Márcio Túlio Viana

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Faria, Fernanda Nigri
F383c O negociado sobre o legislado: caminhos para a reconstrução da resistência a partir das fontes do Direito do Trabalho / Fernanda Nigri Faria. Belo Horizonte, 2020.
362 f.

Orientador: Márcio Túlio Viana
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Consolidação das leis do trabalho (CLT) (1943). 2. Controle de Constitucionalidade. 3. Autonomia da vontade. 4. Reforma trabalhista. 5. Convenção coletiva de trabalho - Legislação - Brasil. 6. Direito do trabalho - Legislação - Brasil. 7. Negociação coletiva de trabalho - Brasil. I. Viana, Márcio Túlio. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 331.16

Ficha catalográfica elaborada por Elizângela Ribeiro de Azevedo- CRB 6/3393

Fernanda Nigri Faria

O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: caminhos para a reconstrução da resistência a partir das fontes do Direito do Trabalho

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito do Trabalho.

Área de concentração: Direito Privado

_____

Prof. Dr.Márcio Túlio Viana– PUC Minas (Orientador)

_____

Prof. Dr. Vitor Salino de Moura Eça – PUC Minas (Banca Examinadora)

_____

Prof. Dr Lucas de Alvarenga Gontijo - PUC Minas (Banca Examinadora)

_____

Profª. Drª. Valdete Souto Severo – (Banca Examinadora)

_____

Profª. Drª. Virgínia Leite Henrique – (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 10 de fevereiro de 2020

Para Sofia

AGRADECIMENTOS

A Deus;

à Sol, por me ensinar todos os dias sobre o amor e me inspirar;

ao Teteu e ao Rafa, por ensinarem que o amor se multiplica;

aos meus pais, Bruno, Rô e Bia, pelo amor, paciência e apoio.

ao professor Márcio Túlio Viana, pelo apoio, pela dedicação e pela generosidade de transmitir conhecimento;

aos professores da PUC Minas: Vitor Salino, Lucas Gontijo, Cléber Lúcio e Maria Cecília, pelas contribuições, incentivo e inspiração ao longo do curso;

à Valdete Souto Severo e Virgínia Leite Henrique, por serem mulheres fortes e inspiradoras;

ao professor Carlos Augusto Junqueira Henrique, pelo apoio, pela generosidade de compartilhar diariamente conhecimento e experiências tão enriquecedoras e por me proporcionar a oportunidade de trabalhar com o que adoro, sempre direcionando minha caminhada acadêmica e acreditando nela mais do que eu mesma;

às amigas-irmãs: Laura Tostes e Mislene Oliveira, por sempre estarem ao meu lado e por me fazerem acreditar, sempre (Amo vocês!);

à equipe do Andrade, Nigri & Dantas Advogados: Rodolfo Dantas; Daniela Andrade; Deborah Silva e Andreza Dantas, por todo o apoio, paciência, carinho e incentivo;

aos amigos professores: Carlos Cruz, Paula Oliveira Cantelli, Pedro Gelape, Luiz Ronan, Ricardo Wagner, pelo carinho, incentivo e parceria;

aos amigos da PUC Minas para a vida: Eduardo, Ana Flávia, Julie, Silvânia e Ailana, por compartilharem os dias de luta e os de glória. Pelo apoio e o incentivo;

ao B, que me trouxe primavera, música e poesia, abrindo janelas e inspirando voos;

aos meus alunos, pelo carinho e por me proporcionarem a experiência tão enriquecedora de poder compartilhar o Direito do Trabalho, fazendo-me aprender a cada dia e impulsionando a minha caminhada acadêmica.

“Freedom is not enough” (MACLEAN, Nancy)**.**

RESUMO

Esta tese visa identificar o contexto em que se estabelece, com a Lei n. 13.467/17, no Brasil, a diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado e da vontade individual sobre as normas negociadas e legisladas. Pretende-se identificar se há paridade de armas entre os sujeitos no contexto da negociação individual e coletiva e quais são os efeitos concretizados e possíveis. Pretende-se, também, estabelecer critérios para interpretação, integração e aplicação das normas que versam sobre essa temática, na perspectiva da matriz constitucional e do sistema internacional dos Direitos Humanos e do *jus cogens*. Assim, consideradas as fontes do Direito do Trabalho, notadamente, a desigualdade que constitui a essência desse ramo jurídico é que se apresentam barreiras de contenção à autonomia da vontade que a reforma trabalhista pretendeu potencializar, mas que não subsistem, a partir da unidade do sistema normativo, a ser considerado a partir do diálogo das fontes e sob os controles de constitucionalidade, de convencionalidade e do plano de validade dos atos normativos, para estabelecer limites à vontade das partes tanto no âmbito individual quanto coletivo.

Palavras-chave: Negociado. Legislado. Autonomia da vontade. Controle de Constitucionalidade. Controle de Convencionalidade.

ABSTRACT

This thesis aims to identify the context in which it is established, by the Law n. 13.467 /17, in Brazil, the prevailing guideline of negotiated over legislated and individual will over negotiated and legislated norms. It is intended to identify if there is parity of weapons between the parties in the context of individual and collective negotiation and what are the consolidated and possible effects. It is also intended to establish ways for the interpretation, integration and application of the norms that are related to this theme, from the perspective of the constitutional roots and the international human rights system and *jus cogens*. Therefore, considering the sources of labor and employment law, especially, the inequality that builds the essence of this legal field is that there are barriers to keep the autonomy of will that the labor reform intended to enhance, but do not subsist, from the unity of law the system, and It must be considered from the dialogue of sources and under the controls of constitutionality, conventionality and the plan of validity of normative acts, to establish boundaries to the will of the parties both individually and collectively.

Keywords: Negotiated. Legislated. Autonomy of will. Control of Constitutionality. Control of Conventionality

LISTA DE SIGLAS

CLT Consolidação das Leis do Trabalho

CR/88 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

FGTS Fundo de Garantia por Tempo de Serviço

INSS Instituto Nacional do Seguro Social

NR Norma Regulamentadora

OIT Organização Internacional do Trabalho

OJ Orientação Jurisprudencial

ONU Organização das Nações Unidas

RE Recurso Extraordinário

SDI-1 Subseção Especializada em Dissídios Individuais 1

SDI-2 Subseção Especializada em Dissídios Individuais 2

SDC Seção Especializada em Dissídios Coletivos

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

TRT Tribunal Regional do Trabalho

TST Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 13

1 PRESSUPOSTOS PARA O SURGIMENTO DO DIREITO E O SURGIMENTO DO DIREITO CIVIL NA SOCIEDADE MODERNA 18

1.1 Poder e liberdade. Relação jurídica e Direito 18

1.2 A relação entre o trabalho e a propriedade privada com a organização das sociedades 24

1.2.1 Modos de produção pré-capitalistas e a influência das relações de produção no Direito a partir da modernidade 27

1.2.2 A transição do modo de produção feudal para o capitalista. O espírito do capitalismo 35

1.2.3 A ideologia liberal e o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão . 39

1.2.4 A fisionomia do Direito Civil. A dicotomia entre o direito público e o direito privado 46

1.3 O modo de produção capitalista e o imperialismo 49

1.3.1 A formação da classe trabalhadora: o conflito social se torna mais ameaçador 57

2 A GÊNESE DO DIREITO DO TRABALHO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA DO DIREITO CIVIL NA RELAÇÃO DE TRABALHO SUBORDINADO 63

2.1 A exacerbação do conflito social a partir do século XIX que precedeu o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão e do Direito do Trabalho 63

2.2 O intervencionismo estatal: surgimento dos direitos de segunda dimensão e do Direito do Trabalho 68

2.3 O dirigismo contratual no Direito do Trabalho 71

2.3.1 Ordenamento jurídico laboral e seus níveis de normatividade 74

2.3.2 Fundamentos do Direito do Trabalho brasileiro na Constituição da República de 1988 76

2.3.3 Ordem jurídica internacional e Direito do Trabalho 84

2.3.4 Princípios especiais do Direito do Trabalho 92

2.3.5 Da extensão da indisponibilidade: normas de ordem pública, imperativas e direitos de indisponibilidade absoluta e relativa 97

2.4 Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho 105

2.5 Sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho 107

2.5.1 Origens, evolução e importância dos sindicatos 107

3.5.1.1 Estrutura sindical brasileira a partir da Constituição de 1988 109

3.5.2 A evolução do sindicalismo e suas várias concepções 113

3.5.3 Sindicalismo no Brasil 115

3.6 Princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho 123

3.6.1 Autonomia privada coletiva 124

3.6.2 Princípios que tratam das relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais 126

3.6.2 Princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídicas das normas produzidas pelos contratantes coletivos 128

3 O DISCURSO DE RESGATE DA AUTONOMIA DO DIREITO CIVIL NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO: *COLOCANDO OS CAMINHOS NO MESMO CURSO?* 130

3.1 Introdução 130

3.2 Os ciclos do capitalismo e a origem da proposta de flexibilização precarizante do Direito do Trabalho 133

3.2.1 O ciclo do capitalismo a partir do século XX 133

3.2.1.1 A nova razão do mundo e os efeitos da racionalidade neoliberal nas relações laborais . 144

3.2.1.2 Reorganização produtiva, revolução tecnológica e informacional: novas formas de trabalhar e de dominação do trabalhador 154

3.2.2 Ainda o contexto: a crise do sindicalismo no Brasil 161

3.3 Reforma trabalhista: a proposta de colocar os caminhos do Direito do Trabalho e do Direito Civil no mesmo curso e o risco de retornar à origem de tudo: o individualismo 165

3.3.1 Movimentos flexibilizatórios e reformistas da regulamentação trabalhista 165

3.4 O processo legislativo da Lei n. 13.467/17 171

3.5 Panorama geral das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 para enaltecer a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado 172

4 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO, CRITÉRIOS E CONTROLES DEFINIDORES DA EFICÁCIA DA LEI N. 13.467/17 185

4.1 Introdução sobre sistema normativo 185

4.2 Definição de fontes normativas. Pluralismo jurídico e Direito do Trabalho. A disrupção do Direito e a vontade na criação das normas jurídicas 189

4.3 Fontes normativas do Direito do Trabalho: natureza e classificação das fontes formais em heterônomas e autônomas 197

4.3.1 Legislado e negociado no Direito do Trabalho 200

4.3.2 Fontes autônomas do Direito do Trabalho 200

4.3.2.1 Autonomia da vontade coletiva 200

4.3.2.2 Negociação coletiva trabalhista 204

4.4 Hermenêutica, Interpretação, Integração e Aplicação do Direito do Trabalho . 214

4.4.2 Hermenêutica e Interpretação Jurídica 214

4.4.2.1 Métodos de interpretação e especificidade interpretativa no direito do trabalho 218

4.4.3 Integração jurídica, colmatação de lacunas e solução de antinomias 220

4.4.4 Aplicação Jurídica 222

4.5 Hierarquia entre as fontes normativas 223

4.5.1.1 Princípios gerais do Direito 230

4.5.1.2 Outros princípios constitucionais influentes no Direito do Trabalho 231

4.5.1.3 Princípios externos aplicáveis ao Direito do Trabalho 232

4.6 A relativa superação da dicotomia entre o público e o privado e a principiologia do Código Civil de 2002 234

4.7 Diálogo das fontes 238

4.7.1 Diálogo das fontes. Bloco de constitucionalidade. Controle de convencionalidade .. 240

4.8 Dos planos de análise dos atos jurídicos 244

4.8.1 Teoria do fato jurídico: o mundo jurídico 245

4.8.2 Dos fatos jurídicos. Dos negócios jurídicos 247

4.8.2.1 Os planos do mundo jurídico e seus elementos 249

4.8.2.2 Aplicação da teoria dos três planos às normas jurídicas 254

5 DA ANÁLISE DE VALIDADE FORMAL E SUBSTANCIAL DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.467/17, QUE ENALTECEM A AUTONOMIA

PRIVADA E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NAS RELAÇÕES LABORAIS E CRITÉRIOS DE RELACIONAMENTO, INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS E CONTRATOS DE TRABALHO 262

5.1 Propósitos declarados e não declarados da Lei n. 13.467/17 ao enaltecer a autonomia privada individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado 262

5.2 Efeitos possíveis e já consumados da Lei n. 13.467/17 decorrentes da potencialização da autonomia da vontade e da prevalência do negociado sobre o legislado 269

5.2.1 Possíveis efeitos positivos 269

5.2.2 Efeitos concretizados e possíveis efeitos negativos 270

5.3 Análise de validade e interpretação dos dispositivos alterados pela Lei n.13.467/17 que potencializam a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado 280

5.3.1 Análise da conformidade formal do processo legislativo da Lei n. 13.467/17 com o ordenamento jurídico, sob o controle de convencionalidade, de constitucionalidade e no plano da validade do ato normativo 283

5.3.2 Análise da conformidade dos dispositivos da Lei n. 13.467/17, que enaltecem a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado, com o ordenamento jurídico, sob o controle de convencionalidade, de constitucionalidade e no plano da validade do ato normativo 289

5.3.2.1 Da análise dos dispositivos que versam sobre fontes, princípios e atuação do Poder Judiciário, alterados pela Lei n. 13.467/17 290

5.3.2.2 Da análise de constitucionalidade e de validade dos dispositivos que versam sobre a potencialização da autonomia da vontade individual, alterados pela Lei n. 13.467/17. 314

5.3.2.3 Da análise de constitucionalidade e de validade dos dispositivos que versam sobre a potencialização da autonomia da vontade coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado, alterados pela Lei n. 13.467/17. 318

CONCLUSÃO 341

REFERÊNCIAS 346

INTRODUÇÃO

Desde sua consolidação como ramo jurídico autônomo, o Direito do Trabalho sempre foi alvo de críticas e apontado como entrave ao desenvolvimento econômico, agravando-se o desprestígio em momentos de crise do sistema capitalista.

Assim é que nas últimas décadas e, de forma mais latente, desde 2008, com as medidas de austeridade e reformas trabalhistas pelo mundo afora, ocorre a substituição dos direitos e garantias pelo que agora se denominam "liberdades", bem como o resgate da noção de Estado Mínimo, repercutindo na desconstrução dos direitos sociais, com a privatização do Direito do Trabalho, mediante a transformação progressiva de normas de ordem pública em normas dispositivas, "*civilizando,* no mau sentido, o Direito do Trabalho."[1]

A Lei nº 13.467, em vigor desde 11 de novembro de 2017, é instrumento da reforma trabalhista no Brasil, que constitui uma pequena resposta do legislador brasileiro a algo muito maior; uma tendência de décadas, relacionada às crises e evolução do capitalismo a partir do século XX e da nova razão do mundo que se estabeleceu em decorrência da racionalidade política global que se construiu sob a perspectiva neoliberal.

Dentre as alterações promovidas, destacam-se a formalização da diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado, ainda que não seja para aplicar a norma mais favorável ao trabalhador, bem como a prevalência do ajuste contratual sobre a norma (seja negociada; seja legislada).

A negociação coletiva e a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado não são novidades no âmbito do Direito do Trabalho. A negociação coletiva, historicamente, antecede o surgimento desse ramo jurídico, que tem como característica peculiar, justamente, a possibilidade de os próprios destinatários das normas participarem da elaboração de parte destas. O princípio da autonomia coletiva, tradicionalmente, sempre guardou estreita relação com os princípios da norma mais favorável e da adequação setorial negociada.

A proposta de retirada dos limites determinados de forma heterônoma para a negociação coletiva, que se concretizou com a reforma trabalhista, é trazida num contexto em que o sindicalismo está em crise.

Dentre os pretextos declarados visados com tal medida, anunciada como imperiosa e meio de modernização normativa, têm-se o combate ao desemprego e ao crescimento do mercado de trabalho informal e a ênfase na proteção da empresa em um mercado globalizado.

---

[1] A expressão é de VIANA e GOMES (2011)

No entanto, as medidas flexibilizatórias já adotadas no país, a partir da década de 1970, e, mais recentemente, as reformas trabalhistas efetivadas noutros países do mundo não tiveram o efeito de concretizar os propósitos declarados supra, mas, ao contrário, fizeram sobressair aspectos negativos, notadamente, a desconstrução da proteção social e o aumento da desigualdade social na corrida ao fundo do poço no jogo da concorrência mundial imposto pelo capitalismo.

O trabalho é a principal forma de inserção social e de concretização da dignidade, da justiça social e da cidadania. Assim, a Lei n. 13.467/17 não acarretou apenas a retirada de direitos e o esvaziamento de garantias, mas também e, principalmente, a afronta à democracia, à cidadania, à justiça social, consistindo, portanto, na "retomada de poder pela classe detentora do capital."[2]

Daí a importância de compreender a que se presta o Direito do Trabalho na atualidade, bem como quais devem ser os critérios para a prevalência do negociado sobre o legislado e da vontade individual sobre a norma legislada e negociada.

A perspectiva de análise quanto à questão tem como marco teórico a reflexão de Severo (2015) no sentido de que "capital e trabalho não negociam, travam embates para fixar limites a essa troca objetivamente desigual", nos quais "não é necessário dar às normas coletivas força maior do que detém a legislação social", haja vista que "ter a CLT, ao lado da Constituição e das normas internacionais de proteção ao trabalho, como parâmetro mínimo civilizatório, é a condição para que os sindicatos não sofram pressão inversa e acabem por chancelar a perda de direitos", tal como já ocorre antes mesmo da reforma trabalhista.

Assim, a primeira hipótese que se pretende confirmar é que a potencialização da autonomia da vontade no âmbito individual e coletivo – com a diretriz da prevalência do negociado sobre o legislado e do contrato sobre as normas negociadas e legisladas, instituída com a Lei 13.467/17, não será apta a concretizar os resultados que serviram de pretexto para a reforma trabalhista no Brasil.

Isto porque não há paridade de armas para a negociação e se algo mudou de quando o Direito do Trabalho surgiu para hoje foi para colocar o trabalhador em posição de maior vulnerabilidade e dominação, tal como seus sindicatos. Dessa forma, a Lei os coloca amarrados no ringue para lutar[3], em que pese o potencial de resistência da atuação coletiva e a importância da negociação coletiva.

---

[2] A expressão é utilizada por Cléber Lúcio de Almeida.
[3] A metáfora é de Márcio Túlio Viana.

Além disso, pretende-se também confirmar a hipótese fontes materiais do Direito do Trabalho, que tem a desigualdade como ponto de partida, podem ser o caminho para a reconstrução da resistência necessária para a defesa deste ramo jurídico no que se refere à diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado.

Por mais que o objetivo da reforma trabalhista no Brasil tenha sido atacar o Direito do Trabalho por dentro, abalando suas estruturas, implodindo os princípios que norteiam a interpretação e a aplicação das normas, a Lei é ato político que não alcança a Teoria do Direito do Trabalho, que tem como base a desigualdade e respaldo constitucional, no sistema internacional dos direitos humanos e do *jus cogens*.

Nessa perspectiva, esta tese tem como objetivo fazer um diagnóstico do que está acontecendo com o Direito do Trabalho contemporaneamente, considerando-se a historicidade e os fatores políticos, econômicos, sociais e ideológicos que combinados formam o contexto que explica a crise do sindicalismo e a vulnerabilidade e dominação do trabalhador no mundo contemporâneo. A partir da identificação de tais fatores, serão identificados os propósitos (declarados e não declarados) da reforma trabalhista no Brasil, mais especificamente quanto à prevalência do negociado sobre o legislado e do contrato sobre a norma legislada e negociada, bem como os efeitos daí decorrentes.

Também pretende-se evidenciar, a partir da identificação dos motivos do surgimento do Direito do Trabalho e da matriz diversa do Direito Civil, que liberdade não é tudo; que a regulação baseada no individualismo não foi e não é suficiente para obter razoável equilíbrio das relações laborais, na perspectiva da matriz axiológica constitucional.

Nessa perspectiva, objetiva-se verificar de que maneira as fontes do Direito do Trabalho podem conferir substrato para definir a fisionomia e as funções desse ramo jurídico, constituindo os pilares de sustentação para respaldar o arcabouço normativo que funciona como barreira de contenção à desconstrução dos direitos e garantias fundamentais.

Mais especificamente, pretende-se, ainda, identificar meios de harmonizar o cotejo das normas legisladas com as negociadas, no contexto dessa potencialização da eficácia da autonomia da vontade individual e coletiva promovida pela reforma trabalhista.

Com os objetivos traçados, determinou-se como método de pesquisa a investigação bibliográfica, com a análise doutrinária e jurisprudencial. Fez-se também uma retrospectiva histórica do Direito do Trabalho e de suas fontes e princípios, tanto no âmbito individual quanto coletivo, bem como da evolução do modo de dominação do trabalhador no sistema capitalista para permitir a reflexão crítica acerca da ausência de liberdade de fato tanto no

âmbito individual quanto coletivo nas relações laborais contemporâneas, em contraposição à proposta de potencialização da eficácia da autonomia da vontade, objeto central da tese.

Por fim, tendo em vista a formulação dos argumentos que sustentam a tese apresentada, foi empregada a metodologia de análise reflexiva para identificar os critérios de interpretação e de aplicação das disposições relativas à prevalência do negociado sobre o legislado, a partir da verificação de existência de defeitos invalidantes das normas, nos planos da constitucionalidade, da convencionalidade e da validade dos negócios jurídicos e atos normativos.

Quanto à estrutura, esta tese está dividida em cinco capítulos.

No primeiro capítulo, será demonstrada a relação entre os fenômenos sociais poder e liberdade com o Direito, de maneira a demonstrar como e porque se estabelece o disciplinamento das condutas dos indivíduos e de que maneira essa regulação sofre influência das relações de produção. Também será evidenciada a matriz a partir da qual se erigiu o Direito Civil, com fisionomia arraigada no individualismo e na autonomia da vontade das partes, em contexto no qual havia uma identificação mais clara da relativa dicotomia entre direito público e direito privado.

O segundo capítulo aborda os fatores que levaram ao surgimento do Direito do Trabalho, bem como os fundamentos desse ramo jurídico nos seus diferentes níveis de normatividade. Assim, são identificadas as fontes materiais desse ramo jurídico e ressaltada a desigualdade como ponto de partida e justificativa do dirigismo contratual e da limitação da autonomia da vontade das partes tanto no âmbito do Direito Individual do Trabalho quanto no do Direito Coletivo, com as peculiaridades quanto às funções e princípios também abordados neste capítulo. Também serão abordados aspectos relativos aos sindicatos no Brasil e sua importância no processo de construção, reconstrução e defesa dos direitos humanos, dos quais são espécie somente os direitos trabalhistas.

No terceiro capítulo, serão abordados os ciclos do capitalismo, os efeitos da racionalidade neoliberal nas relações laborais. Também será analisada a reorganização produtiva no final do século XX e demonstrada a sua relação, associada à revolução tecnológica e informacional, com as novas formas de trabalhar e de dominação do trabalhador. Assim, será demonstrado o contexto da crise do sindicalismo no Brasil, bem como dos movimentos flexibilizatórios e reformistas da regulação trabalhista no mundo e no Brasil, até traçar um panorama do processo legislativo da Lei n. 13.467/17 e das alterações promovidas quanto ao tema central desta tese.

No capítulo seguinte, serão abordadas as fontes do Direito do Trabalho, critérios e controles definidores da eficácia da Lei n. 13.467/17. Além de traçar noções gerais sobre o sistema normativo, pluralismo jurídico e a disrupção do Direito, será demonstrado como a vontade atua na criação das normas. Estabelecida a distinção entre norma negociada e legislada, serão abordados os aspectos acerca da autonomia da vontade coletiva e da negociação coletiva para, em seguida, tratar dos seus limites.

Ainda, no mesmo capítulo, serão analisados os critérios relativos à interpretação, integração e aplicação do Direito do Trabalho, bem como de definição de hierarquia das fontes normativas para apresentar os critérios de controle de constitucionalidade, de convencionalidade, de análise dos negócios jurídicos e atos normativos no plano de validade.

No capítulo final, será feita a análise de validade formal e substancial das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17, que enaltecem a autonomia da vontade e a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações laborais e critérios de relacionamento, interpretação, integração e aplicação das fontes normativas e contratos de trabalho.

Serão analisados no referido capítulo os propósitos declarados e não declarados da Lei n. 13.467/17 ao enaltecer a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado, assim como os efeitos possíveis e os já consumados.

De forma específica, será analisada a conformidade dos dispositivos da Lei com os critérios ressaltados no que se refere ao processo legislativo, bem como acerca dos dispositivos alterados que versam sobre: fontes, princípios e atuação do Poder Judiciário; potencialização da autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado e dos contratos individuais sobre as normas negociadas e legislados.

Ao fim, com base em todo o desenvolvimento teórico da pesquisa, procura-se oferecer uma resposta factível à hipótese desta tese, qual seja, estabelecer caminhos para a reconstrução da resistência a partir das fontes do Direito do Trabalho em relação à diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado e da vontade privada sobre as normas negociadas e legisladas.

1 PRESSUPOSTOS PARA O SURGIMENTO DO DIREITO E O SURGIMENTO DO DIREITO CIVIL NA SOCIEDADE MODERNA

1.1 Poder e liberdade. Relação jurídica e Direito

A interação dos indivíduos na sociedade enseja a ocorrência de atritos e conflitos que podem colocar em risco a harmonia e a coesão do próprio grupo.

Independentemente da teoria que se adote para explicar o fenômeno social – ou seja, a razão pela qual os indivíduos vivem juntos (o que não é a preocupação central desse trabalho) –, a História demonstra que as relações entre os indivíduos são pautadas pelo confronto entre poder e resistência; entre poder e liberdade, por sua vez relacionados com a noção de relação jurídica e do que é o Direito.

Diante disso, é necessário analisar a vinculação existente entre os fenômenos sociais - poder e liberdade sob o enfoque jurídico - e, a partir daí, compreender o nexo que estabelecem com as fontes normativas, aspecto essencial para entender a que se presta o Direito e as razões do surgimento do Direito do Trabalho, bem como para direcionar a interpretação e a aplicação dos princípios, regras e institutos relativos à prevalência do negociado sobre o legislado nos âmbitos individual e coletivo das relações de emprego.

Para Melhado, o poder tomado como fenômeno social é:

> [...] uma relação entre homens e está presente em todas – ou quase todas – as dimensões da vida em sociedade. Pode-se dizer que 'não existe praticamente relação social na qual não esteja presente, de alguma maneira, a influência voluntária de um indivíduo ou de um grupo sobre a conduta de outro indivíduo ou grupo. (MELHADO, 2003, p. 23).

Barros define poder como:

> [...] capacidade de um indivíduo pôr em prática a sua vontade, apesar da resistência encontrada; surge do instituto da luta, podendo resultar de uma demonstração de superioridade ou de influência psicológica sobre outros homens. Esse poder coercitivo é mesclado pelo poder convencional, exteriorizado por meio da negociação e não do comando. (BARROS, 1997, p. 559).

A autora destaca que, etimologicamente, a palavra *poder* deriva do latim vulgar *potere*, da raiz *poti*, que significa "chefe de um grupo". Seu significado gira em torno da ideia de posse, força, obediência, influência.

A noção de liberdade se refere ao conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado. Trata-se do poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei.

Já autonomia se refere à capacidade de governar-se pelos próprios meios.

Como constata Almeida, o "homem precisa viver em harmonia com os membros de uma sociedade, unidos por vínculos de solidariedade e de independência, possibilitando a sobrevivência de grupo social e a realização de fins comuns", sendo que "existem necessidades humanas que ultrapassam a esfera individual e de determinado grupo social, atingindo toda a espécie humana." (ALMEIDA, 2016, p. 29 e 31).

Para atender a tais necessidades, como aduz Gustin, é preciso "um patamar mínimo de desenvolvimento das potencialidades e possibilidades humanas" (GUSTIN, 2010, p. 405-406).

Portanto, a liberdade é o poder de se autogovernar; de se autodeterminar; de se conduzir para agir ou se omitir com base na sua própria vontade com vistas a exercer e desenvolver as potencialidades e possibilidades humanas.

Assim, é preciso identificar o que é necessário para que os indivíduos possam exercer de forma plena suas potencialidades e possibilidades.

Em outras palavras, os conceitos de poder e de liberdade somente têm sentido se analisados no contexto da integração com o outro no corpo social.

Não existe liberdade plena no corpo social nem existe poder pleno de um indivíduo sobre o outro

A liberdade depende de convenção; de ajuste.

Não é um conceito vazio, em si mesmo; é conceito finalístico (permitir fazer ou não fazer alguma coisa em prol de um determinado objetivo, interesse, ajuste). Assim, depende do pacto e depende do interesse.

Nessa perspectiva é que deve ser analisada a orientação da prevalência do negociado estabelecida com a reforma trabalhista no Brasil.

De fato, para se manter o grupo social, é mister que haja um termo na luta entre poder e liberdade nas relações sociais, o que leva o chefe a impor limites à ação dos indivíduos, que os acatam ou porque são incapazes de opor-se a ele ou porque reconhecem a necessidade de se manterem unidos.

Para tanto é que se estabelece a disciplina: conjunto de normas de conduta que rege a vida dos homens. (BARROS, 1997, p. 559).

O vocábulo *disciplina* deriva da palavra latina *disciplina*, cognata da forma grega *didaskô*, "ensinar". Assim, disciplina guarda relação com a aprendizagem. A "disciplina não se impõe. A autêntica disciplina é a disciplina consciente, a autodisciplina, aquela que se observa espontaneamente". (ROMITA, 1983, p. 22).

Para que seja viável a vida em sociedade, torna-se necessário estabelecer o equilíbrio entre poder e resistência, entre poder e liberdade. Assim é que são impostos limites a essas manifestações do fenômeno social. A imposição de limites se estabelece mediante o disciplinamento dos indivíduos, a padronização de suas condutas.

Em sentido geral, poder designa a capacidade de produzir determinado resultado. (MELHADO, 2003, p. 23).

Além disso, no sentido social, o poder é um fenômeno que, mais do que simples capacidade de realizar determinado resultado, se converte na "capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: poder do homem sobre o homem. O homem não é só o sujeito senão também o objeto do *poder social*". (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco, 1983, p. 933).

Portanto, importa sempre em uma relação triádica: há uma pessoa ou grupo que detém o poder, há uma pessoa ou grupo que se submete a este poder, e há uma *esfera de poder*. O terceiro elemento seria, por assim dizer, o referente do conceito subjacente aos seus pólos subjetivos (os atores da relação). (MELHADO, 2003, p. 23).

Essa mesma noção de padronização do comportamento humano pode ser extraída da reflexão construída por Michel Foucault sobre as formas de manifestação do poder.[4]

A primeira forma de veiculação da norma proposta por Foucault é a disciplina, mecanismo de adestramento para fabricar indivíduos que atua sobre o corpo individual.

A forma como a disciplina é imposta varia ao longo da história segundo o modo de organização dos próprios indivíduos em sociedade. Várias teorias que buscam estudar o fenômeno *poder* em suas dimensões foram construídas em distintos contextos históricos.

Assim, o poder é nexo vinculante entre pessoas e setores sociais, e nestas relações assume múltiplas dimensões na dinâmica social. Ou seja, verifica-se nas relações entre os indivíduos e entre estes e a coletividade. Nesse sentido, Melhado (2003, p. 23) destaca que há "[...] poder no interior da família, na empresa, nas relações entre grupos ou classes sociais e que o poder constitui a alma mesma da ficção jurídica a que chamamos Estado".

Na visão de Foucault, o biopoder é forma de exercício do poder, que surgiu na segunda metade do século XVIII e "se dirige às populações, visando uma série de problemas econômicos e políticos de 'massa', tais como questões relacionadas a taxas de natalidade, de

4 O conceito de norma presente na análise foucaultiana a respeito do poder não é empregado no sentido jurídico. Designa um parâmetro e conformidade que pressupõem [...] arquiteturas, dispositivos, toda uma física do poder graças à qual o grupo poderá tornar-se visível para si mesmo, mas também procedimentos, notações, cálculos, toda uma constituição de saber destinada a produzir, em completa positividade, o um a partir do múltiplo [...]. (FOUCAULT, 2002, p. 45).

mortalidade, de longevidade, doenças etc.". Assim, os "mecanismos de implementação serão previsões, estimativas estatísticas, medições globais, ou seja, distintos dos instrumentos do poder disciplinar, mas plenamente conciliáveis na sociedade disciplinar" (FOCAULT, 2002, p.47).

O Direito é o sistema de organização da vida social que exprime e disciplina a realidade. Para tanto, condensa formas de conduta em preceitos jurídicos, sendo mecanismo de preservação de esferas de interesses humanos, com ação limitadora e presidida por um princípio de força. (VILHENA, 1996, p. 12).

A palavra *direito* vem do latim *directum*, que significa "o que está conforme a regra", sendo que, "em latim *rectum* tem um sentido mais moral do que jurídico" e quando designa o complexo de regras que regulam as condutas humanas, dotadas de coerção, chama-se *jus*. (RÁO, 2004, p. 52).

Como explica Reale, "o Direito representa (...) um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros" (REALE, 1998, p. 2).

O direito assegura reciprocidade entre poderes e deveres (RÁO *apud* ALMEIDA, 2016, p. 36)

> Das normas mais gerais que se aplicam a todos os povos do mundo, degrau por degrau, desce o Direito através de seus sistemas estatais até a própria vontade do indivíduos, emprestando à sua palavra mútuamente empenhada a força vinculante que traça à liberdade de cada um os lindes que a tornam compatível com de todos os demais como o pressuposto imutável e a premissa categorica da vida em sociedade. (GOTTSCHALK, 1995, p.34).

Na medida em que são estabelecidas formas de conduta em preceitos jurídicos dotadas de coerção, como mecanismo de preservação de esferas de interesses humanos, é dado poder para o indivíduo agir; é reconhecida a liberdade para fazer ou não fazer. Por outro lado, o direito, enquanto sistema de organização da vida social, retira o poder do indivíduo; retira-lhe a liberdade, uma vez que inserido no contexto do grupo não tem prerrogativas (plenas) de autodeterminação.

A norma limita, retira a liberdade para dar liberdade!

Daí a definição de TELLES JUNIOR (2004, p. 4) de que o direito é a disciplina da liberdade.

Assim, as relações de vida entre os homens são reguladas pelo Direito, pelo ordenamento jurídico, através de suas prescrições.

As relações de vida, os fenômenos sociais que constituem a fonte do Direito[5], o que justifica a afirmativa de Biavaschi: “O direito é vivo”. (BIAVASCHI, 2009, p. 53).

> Construído no processo da história, o Direito nasce das profundezas da vida social - o direito pressuposto de que fala Eros Grau -, sendo esta sua fonte material. Como um rio que brota das profundezas da terra, emerge da vida e das relações sociais, com estas interagindo. O Direito é, mas a medida de seu ser é dada pela sua realização. Realização que ocorre pela observância da regra por seus destinatários ou, então, pela ação dos aparelhos de Estado que têm essa incumbência. Situado no tempo, o Direito é vivo. [6] Não se pode ser compreendido apartado da história e das suas lutas concretas que nela se dão. (GRAU, 2002, p. 32).

Portanto, a fonte do Direito reside no grupo social, onde a coexistência social se manifesta. (GOTTSCHALK, 1995, p. 51).

Assim, a forma como se organiza a sociedade para garantir a satisfação das necessidades materiais dos indivíduos interfere no Direito, o que também é determinante para a compreensão da orientação de prevalência do negociado sobre o legislado contemporaneamente, que não pode ser analisada fora do contexto histórico, econômico e político da sociedade.

Portanto, as fontes “variam ao infinito, conforme o tempo, o grau de civilização e organização política” (ZACHARIA apud GOTTSCHALK, 1995, p. 51) e têm a mesma origem e substrato dos movimentos sociais.

O Direito, enquanto ordem jurídica, é composto por uma pluralidade de fontes normativas. Essas normas jurídicas podem ser elaboradas pelo Estado, bem como pelos particulares - característica identificada como pluralismo jurídico, que varia conforme o momento histórico de cada sociedade.

Sob essa perspectiva é que “a ordem jurídica distribui e atribui, destarte, competências de elaboração normativa de regras de conduta humana entre os portadores de vontade coletiva, isto é: o Estado e demais sujeitos de direito público, e os portadores de vontade privada” (Gottschalk, 1995, p. 193). Esse tipo de sistema normativo comporta o reconhecimento de validade e de eficácia a instrumentos resultantes de negociação coletiva,

---

5 Em que pese ser obscuro o fenômeno de elaboração das normas no seio da sociedade e de terem se revelado falhas as tentativas de explicar como o Direito surge (REALE apud GOTTSCHALK, 1995, p. 52), as normas jurídicas são destinadas a reger as relações de grupo.

6 Acerca da dificuldade de construir um conceito definitivo de Direito, vez que depende da ideia que se tem deste e das funções que lhe sejam atribuídas, ALMEIDA (2016, p. 51) pondera que o próprio Direito sofre influências das transformações sociais. Acrescenta que “qualquer conceito que se dê ao Direito deverá ter um pouco de realismo e de idealismo, posto que a sociedade constrói o Direito que lhe convém a partir da sua realidade social e persegue sempre um modelo ideal”.

viabilizando a convivência entre normas legisladas – provenientes do Estado – e negociadas (decorrentes dos destinatários das normas).

A compreensão dos critérios que versam sobre convivência e harmonização entre essas normas e, consequentemente, da orientação contemporânea de prevalência do negociado sobre o legislado, objeto central da tese e cujas nuances serão dissecadas nos capítulos subsequentes, tem como ponto de partida a noção de autonomia da vontade (de liberdade) na regulamentação da conduta humana.

A vida social é dinâmica e leva à proliferação de situações e à multiplicidade de relações jurídicas. A aproximação de circunstâncias envolvendo tais relações, leva à elaboração de classificações, entre as quais se destacam as que se referem à intensidade e alcance da coercibilidade e da autonomia assegurada aos indivíduos e que classificam as normas em cogentes e dispositivas[7].

Para Gottschalk (1995, p. 192), se "a ordem jurídica não confere ao sujeito de Direito a faculdade de regulamentar livremente as suas relações jurídicas, mas determina a sua conduta de modo absoluto, soberano, incondicional", o Direito é cogente.

Por outro lado, *jus dispositivum* se refere ao âmbito da liberdade contratual, ao campo de autonomia das partes (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF apud GOTTSCHALK, 1995, p. 189), de maneira que é dispositivo o Direito quando a ordem jurídica delega ao sujeito o poder de editar a sua própria norma de conduta.

Nessa hipótese, "a norma jurídica prescreve: ora, para que prevaleçam seus preceitos no caso em que não se manifeste a vontade do interessado, ao qual era permitido dispor de outro modo; ora para produzir efeito e desenvolver sua força obrigatória só depois de se manifestar a vontade individual." (ESPÍNOLA apud GOTTSCHALK, 1995, p. 190)

Logo, tanto as normas dispositivas quanto as cogentes disciplinam a conduta, variando a importância e a capacidade de interferência da vontade do sujeito de Direito na regulamentação da conduta humana:

> [...] a ordem jurídica pode exercer este poder regulamentador de conduta humana em vários graus de intensidade. [...] Ao disciplinar a conduta humana, a ordem jurídica pode estabelecer normas de caráter absoluto, impondo-se à vontade do sujeito de Direito com força incondicional, ou limitar-se a editar normas, com a mesma validade e coercibilidade, mas passíveis de modificação, derrogação ou substituição pela vontade privada. (GOTTSCHALK, 1995, p. 192).

[7] A distinção entre direito cogente e direito dispositivo é o reflexo da delimitação normativa da vontade privada. (Gottschalk, 1995, p. 193)

Para a compreensão da orientação de prevalência do negociado sobre o legislado contemporaneamente, além de identificar que a autonomia da vontade e a liberdade na regulamentação da conduta humana se situam dentro de um sistema normativo.

Além disso, também é necessário identificar de que maneira as fontes materiais – o meio social e a forma como se organiza a sociedade para garantir a satisfação das necessidades materiais dos indivíduos – interferem no Direito.

Portanto, a questão relativa à prevalência do negociado sobre o legislado não pode ser analisada fora do contexto histórico, econômico e político da sociedade, pois sem esse substrato não se pode compreender a que se presta o Direito e a medida que a autonomia da vontade deve ter na regulamentação da conduta humana.

Nessa análise, também tem relevância a identificação dos fundamentos que confirmaram a insuficiência do Direito Civil pelo direcionamento dado à autonomia da vontade para reger as relações laborais, que levaram ao surgimento de matriz diversa a partir da qual se erigiu o Direito do Trabalho. Acerca desta questão, destacam-se aspectos sobre as normas jurídicas que englobam as diferentes dimensões dos direitos; o agrupamento e dicotomia entre direito público e direito privado (e sua superação) e o regramento acerca das fontes normativas e sua natureza.

1.2 A relação entre o trabalho e a propriedade privada com a organização das sociedades

A partir do momento em que, para a satisfação de suas necessidades materiais, como alimentação e vestuário, o homem deixou de apenas interagir com a natureza para passar a transformá-la, ele se diferenciou de forma radical dos outros animais e deu início a um processo de desenvolvimento contínuo do trabalho.

Um dos aspectos que diferencia uma sociedade da outra é a forma como ela se organiza para garantir a satisfação das necessidades materiais dos indivíduos, ou seja, a maneira como são providas as necessidades humanas dos indivíduos (sendo a mais básica de todas a alimentação). Nesse sentido, se a reprodução material da sociedade não for garantida, as pessoas perecem e a sociedade desaparece.[8]

Em tal concepção, o homem é animal social e a história pode ser compreendida identificando-se o modo de produção, ou seja, como os homens produzem a sua própria vida, que também é social.

[8] A partir da visão dialética da sociedade, apropriada de Hegel, e da consequente constatação que a história se desenvolve a partir de várias contradições que se desenrolam, Karl Marx desenvolve a preocupação com as condições materiais da sociedade e não com as projeções em torno do que se almeja alcançar, o materialismo se apresenta como movimento contrário ao idealismo.

As forças de produção associadas às relações de produção formam o **modo de produção**[9] de determinada sociedade.

Na perspectiva da Economia Política, ciência social voltada ao estudo das "leis da produção social da distribuição dos bens materiais nas diferentes fases da sociedade humana", o trabalho é definido como "Activdade do homem dirigida a um fim, mediante o qual transforma e adopta os objetos da natureza para satisfação das suas necessidades. O trabalho é uma exigência natural, condição indispensável da existência do homem. Sem o trabalho, a própria vida humana seria impossível." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p.11). O elemento ativo da produção é a força de trabalho humana, a capacidade de trabalhar, o conjunto de energias físicas e espirituais que permitem produzir bens materiais. Esse elemento cria e põe em movimento os meios de produção, que englobam os meios de trabalho (ou instrumentos de trabalho) e os objetos sobre os quais ele recai. Tais elementos combinados formam as "**forças produtivas da sociedade**". (OSTROVITIANOV et al., 1972, p.12-13).

Tal aspecto evidencia a potencial capacidade de ação e de resistência dos trabalhadores, elemento essencial dentre as forças produtivas da sociedade. Evidencia também sua teórica aptidão para a participação da construção do sistema normativo para reger as relações laborais, o que tornaria natural a prevalência do negociado sobre o legislado como desdobramento da própria participação no essencial processo de reprodução material da sociedade. No entanto, as características do modo de produção, notadamente, a forma de propriedade sobre os meios de produção, podem fazer com que o resultado dessa prevalência não tenha saldo positivo.

A forma de propriedade é pressuposto da produção e se refere à "forma social e historicamente determinada de apropriação pelos homens dos bens materiais e, em primeiro lugar, dos meios de produção." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 14)

O caráter das relações de produção varia conforme quem disponha da propriedade dos meios de produção, que podem ser os indivíduos, os grupos sociais ou classes que "empregam os meios de produção para explorar os trabalhadores" ou a sociedade, a qual se propõe a satisfazer as necessidades materiais e culturais das massas populares. **A forma de propriedade sobre os meios de produção interfere no sistema das relações de produção,**

[9] No **modo de produção socialista** "domina a propriedade social sobre os meios de produção", inexistindo exploração do trabalho por conta alheia e com produção voltada para si e para a sociedade. "As relações de produção [...] caracterizam-se por serem relações de colaboração fraternal e de mútua ajuda socialista." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 15).
No modo de produção capitalista as relações de produção são caracterizadas pela existência de contradições e de "aguda luta de classes entre operários capitalistas e pela concorrência dos capitalistas entre si, com o fim de obterem os mais altos lucros". (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 14-15).

pois "determina a posição que os homens ocupam no sistema da produção social, a estrutura de classes da sociedade". (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 14).

No entanto, "ao chegarem a uma determinada fase de desenvolvimento, **as forças produtivas ultrapassam o limite das relações de produção existentes e entram em conflito com elas**. De meio de desenvolvimento das forças produtivas, as relações de produção convertem-se em entraves." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 16).

Diante disso e considerando-se o nível de desenvolvimento atingido e as forças produtivas da sociedade se configuram as "premissas materiais para a substituição das antigas relações de produção por novas relações de produção". (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 17).

Assim, "as forças produtivas constituem o elemento mais dinâmico e revolucionário da produção" e o desenvolvimento desta está diretamente relacionado com as mudanças verificadas nas forças produtivas, sobretudo dos instrumentos de produção. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 16).

Dentro de uma sociedade baseada na propriedade privada e na exploração do homem pelo homem[10], os conflitos entre as forças produtivas e as relações de produção manifestam-se e tomam corpo na luta de classes. Nessas condições, a substituição do antigo modo de produção por outro realiza-se através da revolução social. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 17)

A estrutura econômica de uma sociedade é formada pelo conjunto das relações de produção. "A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas da consciência social." (MARX, 1859).

Portanto, o paradigma de Estado e o eixo estrutural e axiológico do Direito enquanto regramento das condutas humanas se modifica de acordo com os fenômenos sociais na base da sociedade, essencialmente, de acordo com as relações de produção.

No entanto, a estrutura política e jurídica formada também "reage activamente sobre a base, acelerando ou entorpecendo o seu desenvolvimento", conforme a ideologia e as concepções e instituições políticas prevalecentes em determinado momento histórico de uma sociedade. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 17).

[10] "O regime escravagista, o feudalismo e o capitalismo representam diferentes formas de sociedade baseadas na propriedade privada sobre os meios de produção, na submissão e na exploração das massas trabalhadoras." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 19).

As leis econômicas regem as relações de produção e de distribuição de bens na sociedade, regendo, pois, o desenvolvimento econômico dessa sociedade, de forma objetiva, decorrentes de determinadas condições. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 17).

Portanto, as relações de produção constituem substrato, associado a outros aspectos, determinantes da desigualdade que está na gênese do Direito do Trabalho e interfere na efetividade da aptidão dos trabalhadores na participação eficaz da regulação das relações laborais. Em outras palavras, a liberdade em contexto de desigualdade econômica e social, como é inerente ao sistema capitalista, objeto do item a seguir, não necessariamente resulta em real capacidade de se autogovernar e de ação espontânea.

Por isso é que na análise da orientação da prevalência do negociado sobre o legislado se faz necessário compreender em que medida essa desigualdade resultante do modo de produção capitalista impacta no agir dos sujeitos e na higidez das suas manifestações de vontade na construção normativa, para constatar se a fórmula concebida pela Lei 13.467/17 tem como efeitos possíveis e prováveis a redução dessa desigualdade ou o contrário; se contribui para acelerar ou para entorpecer o desenvolvimento da sociedade.

1.2.1 Modos de produção pré-capitalistas e a influência das relações de produção no Direito a partir da modernidade

Nas sociedades mais primitivas, os instrumentos de trabalho eram muito rudimentares e as ferramentas toscas, sendo a descoberta do fogo um marco da modificação substancial das condições de vida material.

Seguiu-se a esse período o aperfeiçoamento dos instrumentos, viabilizando a pesca, a pecuária primitiva e a agricultura (que se manteve rudimentar durante largo períod de tempo). Conforme a prevalência da utilização de alguns materiais na produção dos instrumentos, foram identificados certos períodos históricos como *idade da pedra*, *idade do bronze* e *idade do ferro.*

Em virtude de todas as dificuldades e do desamparo em que se encontrava o indivíduo isolado e de se serem precários os instrumentos de trabalho e baixa a produtividade, o trabalho coletivo era uma necessidade. Assim, se agrupavam em pequenas comunidades, nas quais não havia a divisão de classes sociais nem a noção de propriedade privada dos meios de produção. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 30-31; 34).

Dentro dessas comunidades, as atividades de trabalho baseadas na cooperação, não na exploração do homem pelo homem e os produtos do trabalho cobriam apenas as necessidades mais prementes dos indivíduos. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 30-31).

Posteriormente, com a divisão do trabalho na sua forma mais simples, pelo sexo, ou divisão natural do trabalho, houve aumento da produtividade.

Além disso, o aperfeiçoamento dos instrumentos de trabalho viabilizou a transição dos bandos e hordas primitivos para uma coletividade mais sólida e coesa, uma organização gentílica da sociedade[11], na qual tinha importância para o agrupamento os laços de parentesco[12] entre os membros, que formam as *gens* que, associadas a outras *gens*, formavam uma tribo, forma superior de organização da sociedade primitiva. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 30-31).

As características da comunidade primitiva excluíam a possibilidade de existência do Estado. havia a prevalência dos costumes e a autoridade do chefe das *gens*, mas não se verificava a presença de *categoria especial* de homens destacados para governar outros e que possuísse aparelho de coerção de violência. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 33).

A invenção de instrumentos de metal e de instrumentos novos e mais aperfeiçoados levou ao desenvolvimento de novas forças de produção, que viabilizavam que o trabalho individual passasse a ser capaz de prover a subsistência dos indivíduos, o que, entretanto, não coadunava com os marcos da propriedade coletiva e a distribuição igualitária dos produtos do trabalho, característicos do regime da comunidade primitiva. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 34).

Tais aspectos tornavam possível “a passagem à economia individual”, mais produtiva naquelas condições históricas e fizeram com que fosse “declinando a necessidade de trabalho em comum, da economia colectiva”. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 34)

Ainda no regime da comunidade primitiva, em virtude da divisão social do trabalho, que gerou aumento da produtividade, o intercâmbio de produtos, que eram obtidos e consumidos em comum, passou a dar espaço para o desenvolvimento das trocas.

A princípio, os representantes das comunidades gentílicas intervinham nas operações de trocas, pois os seus produtos pertenciam ao patrimônio da comunidade. Tal circunstância lhes conferiu notável poder e levou a distorções, já que “tendiam a dispor dos rebanhos como se fossem a sua pertença”, tendo o reconhecimento dos demais membros do grupo para assim

[11] Para a manutenção das tribos e desenvolvimento das forças produtivas, era vital e imperioso que fossem ordenadas as relações entre os sexos e estabelecida a exogamia (proibição de relações conjugais entre consanguineos). (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 32).
[12] determinado por linha materna. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 32).

procederem. **Surgia, assim, a propriedade privada que, gradualmente, estendeu-se a todos os instrumentos de produção**. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 36, grifo nosso).

Assim, dentro da comunidade patriarcal, a *gens* foi se desintegrando e se decompondo em pequenos grupos familiares isolados, que converteram em sua propriedade privada os utensílios domésticos e o gado. A comunidade rural ou de vizinhos, formada por indivíduos que não necessariamente tinham laços de parentesco, substituiu a gentílica. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 36).

A desigualdade patrimonial também criava diferenças de interesses entre os grupos de vizinhos, levando ao surgimento das chamadas famílias aristocráticas como as mais ricas e que transmitiam aos seus herdeiros o poder por eles alcançado.

A escravização de prisioneiros - prática que já ocorria ao longo da história, se alargou consideravelmente e as famílias mais ricas se apoderaram deles. Além disso, no regime escravagista que se erigia, até mesmo "parentes e irmãos de tribo, arruinados e sobrecarregados de dívidas" foram escravizados, levando à exploração do homem pelo homem e à primeira divisão da sociedade em classes: escravagistas e escravos. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 37-38).

Com o desenvolvimento das forças produtivas, o trabalho humano passou a ser capaz de produzir mais do que o necessário para prover a subsistência.[13] O excedente de produção passou a ser obtido em diversos ramos da produção: pecuária, agricultura, ofícios. Assim, paralelamente, foi se desenvolvendo a troca e uma parte dos artigos produzidos foi se convertendo em mercadoria, produto diretamente destinado ao consumo, característica fundamental da economia mercantil. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 39).

Alargavam-se os limites territoriais em que ocorreriam as trocas e todos esses fatores acentuaram as desigualdades patrimoniais, alargaram a miséria entre os pequenos camponeses e o trabalho escravo converteu-se na base da existência da sociedade. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 41).

A lei econômica fundamental do regime escravagista pode definir-se, portanto, como a produção de produto suplementar para ser apropriado pelos escravagistas, mediante a feroz exploração das massas de escravos que lhes pertenciam em plena propriedade. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 48)

De modo a resguardar os interesses da classe que era a proprietária das terras e dos meios de produção, foram modificadas as instituições na comunidade, pois "**tornou-se**

[13] Chama-se economia natural aquela em que os produtos do trabalho se destinam a ser consumidos dentro da mesma unidade que os produz. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 32).

necessário o aparecimento do Estado [...]. Dos anciãos e chefes militares das 'gens' e das tribos surgiram os príncipes e os reis", **que empregavam seu poder para:**

> [...] defender os interesses da minoria possuidora, para manter sob o seu domínio os membros arruinados de suas próprias 'gens' e para reprimir os escravos. Tal era a finalidade dos destacamentos armados, dos tribunais e dos órgãos de repressão. Assim, surgiu o poder do Estado." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 42, grifo nosso).

À medida que as trocas se intensificavam, aumentava a importância do dinheiro, que não era somente "um meio empregado para facilitar a compra e a venda das mercadorias; converteu-se também num meio de apropriação do trabalho alheio, através do comércio e da usura. O dinheiro aplicado com o fim de apropriação do trabalho suplementar e do produto suplementar, converte-se em *capital*, quer dizer, em meio de exploração." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 47).

O capital comercial e o capital usurário precedem o modo capitalista de produção e favorecem a "conversão de pequenos produtores em escravos, arruinando-os em contraposição à concentração de grandes recursos pecuniários nas mãos dos mercadores e dos usurários." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 48).

No entanto, havia uma "contradição fundamental de classes" da sociedade escravagista: a forma de exploração aniquilava os escravos, que eram a força produtiva básica desta sociedade, concorrendo com pequenos produtores livres, camponeses e artesãos, que eram sobrecarregados com tributos e impostos pelo Estado.

Esses tributos eram voltados a custear as guerras e a manter o potencial militar dos Estados escravagistas, entre eles, o Império Romano, no qual, nos últimos séculos de sua existência, a crise da produção era geral, o comércio se prostrou, os solos que haviam sido férteis se empobreceram, os ofícios decaíram e as cidades foram sendo despovoadas. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 50).

Era a evidência de que as relações de produção baseadas no trabalho dos escravos precisavam ser substituídas por outras.

Assim é que, quando a grande produção escravagista deixou de ser economicamente rentável, passou-se a ser praticada a divisão das propriedades em pequenas parcelas que eram entregues a antigos escravos ou a cidadãos antes livres que foram arruinados, para que estes trabalhassem e suportassem os tributos, em benefício do proprietário. Era o sistema do colonato, no qual esses novos agricultores (antecessores dos servos na Idade Média) tinham deixado de ser escravos, mas eram vinculados à terra e com ela poderiam ser vendidos,

estando, pois, na camada intermediária entre os homens livres e os escravos. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 51).

Posteriormente, se verificou o surgimento do modo de produção feudal, que teve como características marcantes a exploração do trabalho humano no sistema de servidão e o direcionamento deste ao atendimento das necessidades dos senhores, de suas famílias e dos servos domésticos. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 54; 59).

Numa fase posterior do feudalismo, a troca adquiriu um desenvolvimento bastante grande, difundindo-se cada vez mais a *renda em dinheiro,* característica do aparecimento das relações capitalistas.

O desenvolvimento da produção e da população artesanal e agrícola fomentaram a formação do mercado nacional e, posteriormente, do mercado mundial. No entanto, "os ofícios não eram suficientes para satisfazer a crescente procura de mercadorias." A baixa produtividade do trabalho e o lento desenvolvimento da produção característicos das forças produtivas do feudalismo eram incompatíveis com as novas possibilidades que surgiam. Era necessária a transformação de tais relações de produção. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 69).

A produção mercantil simples dos artesãos e camponeses já existia nos regimes escravagista e feudal, mas, apesar de pressupor a propriedade privada, tal como na produção capitalista mercantil, ela se distingue, pois baseia-se no trabalho pessoal do produtor das mercadorias. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 79).

Tais aspectos, associados ao cercamento dos campos, às insurreições dos servos contra os proprietários da terra e à centralização do poder político nas mãos dos monarcas, facilitaram o nascimento das relações capitalistas, cujo germe surgiu ainda no regime feudal.

Além disso, "a produção mercantil adquire no capitalismo um carácter predominante e universal." (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 80).

Em tal contexto, "a burguesia urbana nascente estava interessada no desaparecimento das barreiras feudais e era partidária da criação de um Estado centralizado". (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 80).

A partir do desenvolvimento de tais características do capitalismo mercantil, ainda no contexto do feudalismo, na segunda metade do século XV, as monarquias absolutistas, que também ajudaram a implodir aquele modo de produção, erigiram-se no processo de surgimento do Estado Moderno, o que estava diretamente ligado ao fortalecimento da burguesia e aos interesses de garantia da paz para viabilizar a circulação da propriedade privada e os interesses mercantilistas. (MALUF, 1995, p. 119).

As principais características dos Estados Modernos eram a ausência de mobilidade social, o intervencionismo e a centralização do poder político e militar nas mãos do monarca soberano, que era totalmente identificado com o Estado, sem que houvesse limitação ao poder do rei hereditário, que era tido como o representante de Deus na Terra. (MALUF, 1995, p. 119).

Delineia-se a "transição entre a forma de organização social no mundo tradicional e no mundo moderno" (FONSECA, 2002, p.30).[14] Assim, na expressão do autor, a passagem de uma sociedade de ordens para uma sociedade de indivíduos.

Naquela forma de organização social não havia espaço para manifestações individuais, pois o indivíduo era definido a partir de suas funções sociais, tais como as de pai, clérigo, vizinho ou outra "qualidade", conforme o papel que cumpria perante a sociedade.

Hespanha ressalta que havia o domínio da ideia da existência de uma ordem universal, abrangida por todos os homens e coisas, que remetia todos a uma causa final, uma justificativa transcendente, que era a figura do Criador. Prossegue o autor explicando que a referida estrutura social é caracterizada como aquela:

> a) que valoriza os fenômenos grupais ou coletivos; b) que considera o poder como algo originariamente repartido (e não apenas delegado ou dividido pelos poderes do Estado) por múltiplos corpos sociais, cada qual dotado de autonomia política e jurídica exigida pelo desempenho de sua função social; c) que reserva ao poder político global apenas a função de garantir esta autonomia e especificidade do estatuto social de cada corpo (fazendo justiça...) e assegurando, desta forma, a paz [...]; d) que apenas vê o indivíduo como parte de grupos e os seus direitos e deveres como reflexos do estatuto ("foro") dos grupos em que se integra; e) e que recusa a distinção, própria do pensamento moderno, entre "sociedade civil" e Estado (ou "sociedade política"). (HESPANHA, 1982, p. 211).

Não se vislumbrava, portanto, a separação entre o Estado e a sociedade civil, ou seja, a "separação fundamental entre o ente político que comanda e o ente social que é objeto de comando, entre a política e a economia, entre o 'público' e o 'privado'". (FONSECA, 2002, p. 34).

Na Modernidade, chamada de época da subjetividade[15], verifica-se a inversão da visão que prevalecia no pensamento medieval, pois o indivíduo, o sujeito, torna-se

---

[14] A expressão *mundo moderno*, "no sentido histórico ou científico" é "a era iniciada no século XVII e finda no século XX". (MELHADO, 2003, p. 30).
"A modernidade nasce da chamada 'sociedade tradicional' (ou Antigo Regime) e a sua caracterização e seu ocaso são fundamentais para que seja bem compreendido o novo mundo que desponta a partir de então e que nos dá as características centrais de nossa existência presente [...] Como ocorre em todo processo histórico, sua formação é difusa, lenta e complexa. Mas pode-se afirmar que a gestação da modernidade ocorreu desde os séculos X e XI, com o lento e irregular avanço do mercado de trocas comerciais e a aceleração de um processo de racionalização [...]". (FONSECA, 2002, p. 30).

> a referência da política, da sociedade, do conhecimento e também do direito. A organização do poder, a forma de encarar a sociedade, o modo de fundamentar as reflexões e a forma e regulamentar a vida social terão como referência mediata ou imediata a figura do sujeito. (FONSECA, 2002, p. 68).

Até que fosse adotada essa separação na forma de organização da estrutura social – o que ocorreu com a formação, de forma heterogênea, dos Estados Nacionais na Idade Moderna – houve um longo período de transição, no qual se verificaram diversos fatores de ordem filosófica, social, econômica e política.

Além das transformações na base produtiva[16] e do aparecimento dos Estados Nacionais, contribuíram para a mudança de enfoque no sentido de autoafirmação do homem e formação da nova ordem política a reforma protestante[17], a expansão marítima, a descoberta das Américas e as invenções. O Iluminismo, tendência intelectual fundada na razão, que se verificou na Europa a partir do século XVIII, representou o "ápice do sujeito", na expressão de Fonseca (2002, p. 68).

Dentre esses fatores, o autor destaca o aparecimento de uma nova ordem política centralizada, como parte do processo de redução do pluralismo político e jurídico característico da sociedade de ordens da Idade Média. A autoridade foi progressivamente desalojada de todos os vínculos sociais, religiosos, econômicos e pessoais, sendo transferida das organizações profissionais, da Igreja, das ordens locais etc., ao ente estatal burocratizado.

---

[15]Ricardo Marcelo Fonseca explica: "A subjetividade [...] desdobra-se em várias outras facetas para que ela possa operar nos âmbitos social, político, teórico e jurídico [...]. As manifestações subjetivas são expressadas através de algumas abstrações que lhe são fundamentais e caracterizadoras e que [...] podem ser consideradas as seguintes: universalidade, autonomia e individualidade." A universalidade se relaciona com o princípio liberal, reconhecido pelo iluminismo, da autodeterminaçao dos povos, sob uma perspectiva "[...] transnacional, transcultural, bem como de aceitação da idéia de igualdade entre os sexos e as etnias". O individualismo se refere ao enfoque sobre o indivíduo, "[...] tomado em si mesmo, a partir de suas exigências próprias e seus direitos intransferíveis à felicidade e à auto-realização". A autonomia designa "[...] liberdade (que tem relação com os direitos de cada um) e a capacidade (que tem relação com o poder efetivo de exercer os direitos)". (FONSECA, 2002, p. 68-70).

16 Ricardo Marcelo Fonseca aponta a reorientação ideológica do fenômeno histórico chamado de modernidade, focado na subjetividade como decisiva para o surgimento e a expansão do capitalismo. Isso porque a centralidade do sujeito e os princípios a ele relacionados (universalidade, autonomia e individualidade) largamente favorecem a livre vazão desse modo de produção, centrado na propriedade e busca de acumulação. "[...] O sujeito, assim, é visto como uma abstração necessária para a constituição do sistema econômico. E isso porque somente um sujeito liberado e abstrato, com capacidades formais reconhecidas, é capaz e dispor da propriedade – que a partir do sistema econômico capitalista também se vê liberada de todas as determinações hierárquicas tradicionais. A abstração do indivíduo pressupõe a abstração da propriedade, que agora, todavia, é transformada em pura mercadoria e passa a constituir uma objetividade separada do indivíduo, até mesmo governando a sua conduta segundo as leis do cálculo econômico.". (FONSECA, 2002, p. 81).

17 A Reforma Protestante foi o movimento reformista cristão que ocorreu no século XVI, a partir da publicação, em 1517, de 95 teses de Martinho Luthero, que representavam um protesto contra os abusos do clero e obteve apoio de vários religiosos e governantes, resultando em divisões no cristianismo e na Igreja do Ocidente, e no surgimento do protestantismo. A Reforma Protestante, involuntariamente, criou as bases para o surgimento do que Max Weber chamou de "espírito" do capitalismo e que foi essencial para o surgimento desse modo de produção. (WEBER, 2004).

No período designado como Idade Moderna houve avanço das reflexões sobre o poder, sobretudo pelas contribuições de Maquiavel, Jean Bodin e Hobbes.

Na proposição de Maquiavel há separação fático-teórica entre política, religião e ética, e que se verifica a distinção entre governo e Estado. Também destaca "o predomínio de uma racionalidade, de uma lógica específica no interior da ação política concretizada na conduta do agente político". Tal aspecto, além de tornar a política passível de análise concreta e objetiva, na concepção de Delgado, criou "[...] as condições técnicas à virtual democratização da política e da própria apropriação do poder político". O autor explica que isso:

> [...] deriva da descoberta da virtú18 como mola-mestra da ação política em anteposição à idéia então prevalente de que comandaria a política uma certa qualidade inata ou o acaso (ou a natureza, para ficarmos com Aristóteles), circunstâncias estas sempre rigidamente distribuídas no contexto social. O caráter racional e lógico que se descobre na ação política torna essa ação e dinâmica apropriáveis, a princípio, por qualquer agente – e não apenas pelo segmento social que, tradicionalmente, sempre deteve a qualificação do sujeito político (os setores dominantes, em especial a aristocracia). (DELGADO, 1996, p. 37).

Pertinente à colocação de Fonseca, que corrobora essa mudança de enfoque na Idade Moderna, o autor acrescenta:

> Na época moderna, o fundamento na natureza ou em Deus é abandonado e substituído pela "natureza do homem". Quando se fala no direito natural moderno (ou jusracionalismo) fala-se então num direito que se assenta na natural razão humana e seus atributos. [...] agora o direito está ligado ao indivíduo, à qualidade específica do homem, tornando-se a emanação deste, a expressão de suas possibilidades inalienáveis e eternas. O fundamento do direito, portanto, aparece como sendo outro: o homem e sua racionalidade. (FONSECA, 2002, p. 51).

No entanto, como a origem da legitimidade do soberano era hereditária, por mais próspera que se tornasse a burguesia do ponto de vista mercantil e adquirisse importância econômica, sua origem social constitituía uma barreira em relação aos privilégios sociais e ao acesso ao poder político.

Assim, o período iniciado a partir do século XVII, quando já se desenvolvia a ideologia liberal, também foi marcado pelas revoluções burguesas e pelos movimentos codificatórios.

O conceito de liberalismo[19], enquanto teoria política e econômica, surge a partir do século XVII, sendo que sua aplicação à prática política culmina com as revoluções burguesas.[20]

---

18 "Virtú é [...] a aptidão para agregar, em determinado momento histórico, as forças e os meios adequados à consecução de objetivos historicamente propostos [...]" (DELGADO, 1996, p. 35).

19 O termo liberalismo tem origem na Inglaterra, a partir do segundo Bill of Rights que o Parlamento impôs à Coroa, em 1689. Em tal documento eram estabelecidos princípios de liberdade individual, "especialmente de

A burguesia ascendente aproveitou-se da luta dos camponeses – da grande massa de combatentes alimentada pelo ódio aos opressores, para tomar o poder com o propósito de substituir a exploração feudal pela capitalista. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 69).

O Estado Absolutista foi então superado pelo Estado Liberal, estruturado a partir da evolução do pensamento humanista, iluminista e que inspirou as revoluções burguesas clássicas: liberdade e igualdade para assegurar segurança, previsibilidade e limites que assegurassem o distanciamento do Estado das relações entre os indivíduos e os resguardassem contra abusos dos reis, em prol da livre circulação da propriedade privada com vistas à acumulação.

1.2.2 A transição do modo de produção feudal para o capitalista. O espírito do capitalismo

As transformações que começaram a ocorrer, ainda no início do século XI, na base produtiva da sociedade marcaram a transição entre a ordem feudal e o sistema capitalista, caracterizado pela desvinculação do homem que produz dos meios de produção e dos proprietários desses meios.

Apesar de tratar-se de alteração que se opera no contexto de uma relação estabelecida na base produtiva da sociedade, , influenciando, na dimensão política, a construção da própria democracia, como registra Delgado:

> A existência do trabalho livre – subordinado, é verdade – do mesmo modo que cumpriu, na economia, papel decisivo à emergência do sistema industrial moderno, também cumpriu, na política, função essencial ao surgimento da Democracia. É que o trabalho livre projeta efeitos para além da mera bilateralidade da relação de emprego, surgindo como pressuposto necessário à transformação dos trabalhadores em cidadãos. Essa transformação se opera conjugada à ação coletiva desses trabalhadores-cidadãos, a qual será um dos elementos motores mais importantes da construção da própria Democracia. (DELGADO, 1996, p. 111).

Assim, a transição entre o feudalismo e o capitalismo é um aspecto importante no estudo sobre o poder, seus fundamentos e dimensões na sociedade contemporânea.

A primeira metade do século XVI é apontada como um divisor de águas na história da Europa, pois marca a tênue linha divisória entre a ordem feudal decadente e o sistema capitalista que surgia.

---

ordem religiosa, autorizava o porte de armas pelos cidadãos ingleses que professavam a religião protestante para que pudessem defender as suas franquias constitucionais. Foi precisamente esse sistema de liberdade defendida pelas armas que recebeu, na época, a denominação de liberalismo." (MALUF, 1995, p. 123).

20 Dentre as revoluções burguesas, se destacam a Revolução Gloriosa, em 1688 na Inglaterra, que representou a transição da monarquia absolutista para a parlamentar, e a Revolução Francesa, em 1789.

No sistema de produção feudal, predominava a exploração da agricultura - apesar de existirem as corporações de ofício[21] nas cidades, num segundo momento. Os camponeses prestavam trabalho obrigatório aos senhores feudais, proprietários da terra, em troca de poderem laborar e retirar dela o necessário para prover sua subsistência.

Em que pese terem ocorrido variações, a partir dos séculos XII e XIII, na França e no Sudoeste da Alemanha, se verificou o parcelamento e a entrega das terras aos servos. Conforme ressalta Takahashi (1971, p. 98), também de maneira não uniforme, o estabelecimento de rendas fixas em espécie gradualmente foi se transformando em rendas em dinheiro, pois os camponeses deixaram de prestar trabalho obrigatório ao senhor, mas comprometeram-se a entregar-lhe uma parte fixada das colheitas como prestações. Portanto, em algumas relações e regiões, a parte básica da renda feudal deixava de ser a prestação de trabalho em si, mas uma renda.

Além disso, de modo mais amplo, mudanças importantes foram propiciadas a partir da utilização da tecnologia agrícola de exploração de três campos. Com isso, houve aumento da produtividade e passou a ser possível criar e alimentar mais cavalos, mais rápidos e eficientes do que os bois para cuidar da lavoura e do transporte. Também foi propiciado o rápido aumento do crescimento da população e da concentração urbana.

Seguiu-se o crescimento da produção de manufaturados, rompendo laços com a terra, proporcionando ganhos adicionais de produtividade e a intensificação do comércio de longa distância.

O comércio prosperava e se expandia, aumentando a necessidade de mais manufaturados e mais confiança na oferta, o que induzia a um crescente controle do processo produtivo pelo capitalista comerciante.

Por volta do século XVI, o tipo de indústria artesanal, onde o artesão era proprietário de sua oficina, de suas ferramentas e matérias-primas e funcionava como um pequeno produtor independente, passou a ser substituído pelo trabalho doméstico. No início da utilização desse sistema, o capitalista comerciante fornecia a matéria-prima ao artesão independente e lhe pagava uma quantia para transformá-la em produtos acabados. O capitalista era o proprietário do produto ao longo de todo o processo de produção, embora o trabalho fosse feito em oficinas independentes.

---

21 O corporativismo, fenômeno que resultou do êxodo rural e da ativação do movimento comercial na Idade Média, por volta do século X, engloba as corporações de ofícios que foram criadas para a produção de bens nas cidades. Em tal regime, o artesão somente poderia exercer seu ofício se ingressassem nesses grupos de produção de tipo autoritário e com rígida hierarquia. (OLIVEIRA, 1997, p. 59).

Já em épocas mais avançadas da utilização desse sistema, o capitalista comerciante era proprietário das ferramentas e máquinas e, frequentemente, do prédio onde a produção tinha lugar. Ele contratava os trabalhadores para usar as ferramentas, fornecia-lhes a matéria-prima e recebia o produto acabado.

O trabalhador sem capital e sem meios de produção vendia seu próprio trabalho e não mais o produto. Esse foi um elemento essencial para o surgimento e a expansão do sistema capitalista.

Como explica Fonseca, a centralidade do sujeito e os princípios a ele relacionados (universalidade, autonomia e individualidade) favorecem a livre vazão desse modo de produção, centrado na propriedade e busca de acumulação.

> O sujeito, assim, é visto como uma abstração necessária para a constituição do sistema econômico. E isso porque somente um sujeito liberado e abstrato, com capacidades formais reconhecidas, é capaz de dispor da propriedade – que a partir do sistema econômico capitalista também se vê liberada de todas as determinações hierárquicas tradicionais. A abstração do indivíduo pressupõe a abstração da propriedade, que agora, todavia, <u>é transformada em pura mercadoria e passa a constituir uma objetividade separada do indivíduo</u>, até mesmo governando a sua conduta segundo as leis do cálculo econômico.". (FONSECA, 2002, p. 81, grifo do autor).

Esse aspecto tem crucial importância para compreender a orientação de prevalência do negociado sobre o legislado que será analisada no capítulo 3 adiante e que, em suma, propugna que se conceda às partes maior liberdade para regulação das relações laborais tanto individualmente quanto coletivamente.

O ponto é que apesar de ser juridicamente livre, o trabalhador não tinha autonomia para se autogovernar efetivamente e de atuar frente ao empregador em paridade de condições para a regulação da prestação do trabalho.

Confirma essa constatação o fato de que, passados mais de 200 anos dessa mudança que levou à proliferação e utilização maciça do trabalho subordinado nas relações de produção, a desigualdade aumentou e o trabalhador, de modo quase unânime, tornou-se ainda mais dominado pelo sistema. A servidão moderna e a servidão digital – maneiras de se referir à exploração do trabalho humano contemporâneo – denotam formas que reduzem o trabalhador à condição de mercadoria e que mantém bem distante a concepção de trabalho efetivamente livre.

Retomando o contexto em que o trabalho juridicamente livre e subordinado começava a se erigir como principal forma de exploração do trabalho humano, para atender os interesses

da burguesia, a auto-suficiência econômica do feudo tinha que ser quebrada e as tradições e costumes feudais esvaziados ou destruídos.

Viana (2014, p. 20) destaca que, sob a ótica dos capitalistas à época, era necessário aglutinar trabalhadores para padronizar, facilitar o controle e aumentar a produtividade. Para tanto, foi preciso inviabilizar a possibilidade de indivíduos retirar sua subsistência da exploração da terra e da manufatura.

Além dessas transformações, o cercamento dos campos para criação de ovelhas, a Guerra dos Cem Anos, a peste negra, as revoltas camponesas e o despertar intelectual do século XVI (com descobertas importantes para a acumulação de metais e colonização) culminaram em mudanças fundamentais na estrutura política e econômica.

Com o processo de expulsão do servo da gleba, foi lançado ao meio social o trabalhador juridicamente livre, sem meios de produção e não submetido de modo pessoal e absoluto ao proprietário destes meios.

O trabalho juridicamente livre é pressuposto para o desenvolvimento de outro tipo de relação de produção, na qual a realização do trabalho não seria mais imposta ao indivíduo. O empregado-proletário, ao menos do ponto de vista formal, era livre para firmar contrato com o empregador-capitalista, pelo qual aceitaria limitar sua autonomia no contexto desta relação, subordinando-se às determinações deste quando ao modo de realização do trabalho.

Conforme detalhado adiante, sem o capitalismo não teria se dado o surgimento e a consolidação do Direito do Trabalho. As linhas gerais que explicam os fundamentos e a dinâmica daquele sistema podem ser sintetizadas assim: a base material da sociedade é organizada pelo mercado e pela troca; tem seu fundamento essencial na compra e venda de força de trabalho e na apropriação sem pagamento de trabalho alheio (mais-valia); seu objetivo maior é a valorização do valor; e seu motor interno de expansão na concorrência intercapitalista produz também instabilidade, desemprego e crises. (MARX, 2010).

Também é característica deste sistema a distinção entre as seguintes classes sociais antagônicas: a burguesia e a classe dos operários modernos - o proletariado -, que só tem o trabalho, que aumenta o capital. Estes operários são **“constrangidos a vender-se a retalho, são mercadoria, artigo de comércio como qualquer outro”**. (ANTUNES, 2014, p.35).

Para a superação do tradicionalismo e do modo de produção feudal também foram decisivos os desdobramentos que a Reforma Protestante ensejou em relação ao rompimento com dogmas que limitariam a atuação dos indivíduos na perspectiva acumulativista inerente ao capitalismo.

Weber, constatando que na Alemanha os capitalistas tinham, em regra, convicções religiosas protestantes, identificou formas de comportamento que condiziam com as máximas traçadas por Benjamin Franklin, que evidenciavam a existência de certo espírito moral ou *ethos*, consubstanciado, principalmente, na ideia de que o indivíduo tem o dever de "se interessar pelo aumento das suas posses como um fim em si mesmo". (WEBER, 2018, p. 45).

Destacam-se como exemplos de sentenças de Benjamin Franklin que retratam o agir imbuído nesse espírito moral próprio do capitalismo: "tempo é dinheiro"; "crédito é dinheiro"; "o dinheiro é procriador por natureza fértil. O dinheiro pode gerar dinheiro, e seus rebentos podem gerar ainda mais e, assim por diante."; "um bom pagador é o senhor da bolsa alheia"; "Quem perde cinco xelins não perde só essa quantia, mas tudo o que com ela poderia ganhar aplicando-a em negócios - o que, ao atingir o jovem uma certa idade, daria uma soma bem considerável" (WEBER, 2018, p. 44-46).

Assim, ao analisar a relação existente entre a forma de conduta econômica nesse novo modelo e suas raízes religiosas, Weber cunhou a expressão "espírito do capitalismo"[22], que se refere à cultura capitalista moderna, ao capitalismo vivenciado pelas pessoas na condução metódica da vida de todo dia, como *conduta de vida*: *Lebensführung.* (WEBER, 2018, p. 7)

Pode-se dizer, portanto, que o "espírito" do capitalismo se refere ao "estilo de vida regido por normas e folhado a 'ética'"; um estilo de vida de negócios que faça com que alguém se dedique a uma profissão como um dever e que tome como fim do seu trabalho na vida a fome de ouro - *auri sacra fames.* (WEBER, 2018, p. 47; 51; 62).

"A ordem econômica capitalista precisa dessa entrega de si à 'vocação' de ganhar dinheiro" e essa ética foi essencial para romper com o tradicionalismo e com as antigas formas de regulamentação econômica medieval. (WEBER, 2018, p. 64).

Somente a partir da compreensão do impacto que o capitalismo causou nas relações sociais é que se pode compreender a história e, principalmente, a conjuntura contemporânea e refletir acerca das possibilidades de transformação, inclusive no que tange ao Direito do Trabalho (e, mais especificamente, à orientação de potencialização da liberdade na regulação das relações laborais) e sobre a atuação dos atores sociais, sujeitos e objeto das proposições desse ramo jurídico.

1.2.3 A ideologia liberal e o surgimento dos direitos fundamentais de primeira dimensão

22 O "espírito" do capitalismo, apesar de ser expressão criada por Weber, se refere a um agir, a um modo de vida que já existia antes mesmo do desenvolvimento desse modo de produção. Em 1632, na Nova Inglaterra - região de Massachussetts, "havia queixas quanto ao emprego do cálculo na busca de lucro". (WEBER, 2018, p. 48)

À época do surgimento e ascensão do modo de produção capitalista (final do século XVIII e início do século XIX) prevalecia a ideologia liberal.

Os postulados liberais, defendidos por John Locke, Jean Jacques Rousseau e Montesquieu, representavam uma reação contra o absolutismo monárquico e origem divina do poder.

Na convicção liberal, o homem é livre e a intervenção do Estado é negativa, de forma que seu papel não deve ir além da manutenção da ordem pública. Assim, o Estado era mero expectador, devendo intervir, apenas, para assegurar a liberdade civil e política.

No plano econômico, prevalecia a ideologia da Escola Clássica Inglesa, sob o pressuposto de que existia uma ordem econômica natural, de forma que a livre concorrência estabeleceria o equilíbrio do sistema como um todo (a "mão-invisível", segundo Adam Smith). (SMITH, 1999)

Conforme proclamavam J. Baptiste Say, David Ricardo, Adam Smith, Stuart Mill, entre outros, *"a livre iniciativa conduziria a humanidade para o progresso social e a prosperidade econômica"*. (MALUF, 1995, p. 320).

A teoria da ordem natural foi resumida na frase de Gournay: *"Laissez-faire, laissez-passer, et le monde va le même."* [23] (GOURNAY apud MALUF, 1995, p. 320).

Tais idéias também refletiam no plano contratual, no qual predominava a autonomia da vontade, partindo-se da premissa de que havia igualdade entre os indivíduos.

Tal período também foi marcado pelas revoluções burguesas e pelos movimentos codificatórios.

Em decorrência de profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas, em princípio, pela necessidade de proteger o homem do poder estatal, foram conquistados e passaram a ser reconhecidos alguns direitos que, posteriormente, passaram a ser identificados como direitos fundamentais.

Ao longo da história, de forma lenta, gradual e variada, de acordo com cada região e nação, foram conquistados e reconhecidos direitos e deveres aos indivíduos, sob diversas acepções, que foram alçados à condição de direitos fundamentais.[24]

---

23 "Deixa fazer, deixa passar, que o mundo continua o mesmo" (tradução nosso).

24 Os direitos fundamentais são também conhecidos como direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, direitos individuais, liberdades fundamentais ou liberdades públicas. A própria Constituição da República de 1988 apresenta diversidade terminológica na abordagem dos direitos fundamentais, utilizando expressões como direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Há várias expressões ligadas ao tema,.[25] Canotilho distingue *direitos do homem* e *direitos fundamentais*:

> [...] direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente**. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os **direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta**. (CANOTILHO, 1998, p. 359, grifo nosso).

Já Ingo Wolfgang Sarlet diferencia direitos fundamentais de direitos humanos:

> [...] considerando os primeiros como aqueles direitos do ser humano que foram reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto que os últimos seriam atributos reconhecidos por documentos de direito internacional, ao ser humano como tal e independentemente de ligação com o direito constitucional de qualquer Estado e que, assim, "aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional". (SARLET, 2009, p. 53). [26]

Os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos, englobam prerrogativas e deveres que visam proteger a dignidade, liberdade, propriedade e igualdade de todos os seres humanos. Assim, são os direitos imprescindíveis à condição humana e ao convívio na sociedade.

No entanto, distinguem-se dos direitos humanos em relação ao referencial de observação, pois, enquanto eles são reconhecidos em âmbito universal, independentemente de positivação por um determinado Estado, os direitos fundamentais, na acepção aqui considerada, configuram-se no contexto de reconhecimento no texto constitucional de determinado Estado.

Os direitos fundamentais representam a limitação à atuação do Estado, pois constituem o núcleo substancial em torno do qual se estabelecem as vinculações materiais de toda a ordem jurídica tanto com vistas a proteger os indivíduos de eventuais arbitrariedades quanto

---

25 Os "[...] direitos fundamentais sociotrabalhistas nascem no século XIX, no seio dos países europeus industrializados, e são adotados pela doutrina constitucional, fazendo parte da segunda dimensão dos direitos humanos que se materializa nos Direito Sociais, Econômicos e Culturais [...]", quando, no cenário formado pela sociedade industrial, "[...] a Encíclica Rerum Novarum e as obras de Karl Marx surgem como forte influência de crítica ao pensamento liberal, denunciando que o tão veemente propagado direito à igualdade, na verdade, restou conquistado em nível meramente formal". (BRANCO, 2007, p. 42)

26 Assim, em que pese ser possível afirmar que todos os direitos fundamentais são também direitos humanos, esta última expressão é mais abrangente, razão pela qual nessa análise acerca das dimensões dos direitos, para a compreensão da distinção entre as matrizes originárias do direito civil e do direito do trabalho e, consequentemente, do confronto entre autonomia e intervencionismo contratual, será utilizada a expressão direitos fundamentais. Até porque, naquele momento, ainda não se tinha a compreensão que se tem hoje acerca da proporção e dos efeitos dos direitos humanos.

para compelir o Estado a tomar medidas para efetivamente promover a melhoria das condições sociais dos indivíduos.

Por outro lado, tais direitos também protegem os indivíduos de si mesmos, pois constituem limites às liberdades que possam implicar em efeitos que acarretem condições indignas, injustas, enfim, em sentido contrário aos dos bens jurídicos que esses direitos visam a resguardar.

Desse modo, os direitos fundamentais, sua natureza e efeitos são aspectos essenciais para compreender e identificar as consequências da orientação de prevalência do negociado sobre o legislado decorrente da Lei 13.467/17.

Segundo Silva, pela expressão direitos fundamentais do homem:

> [...] entendem-se não apenas os **"princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico"** como também, no **âmbito do direito positivo, "aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas"**, **sendo fundamentais porque "se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive" e da pessoa humana no sentido de que "a todos, por igual,** devem ser não apenas formalmente reconhecidos, mas **concreta e materialmente efetivados**". (SILVA, 1994, p. 56, grifo nosso).

Na concepção de Ferrajoli, destacada por Simm, devem ser considerados como fundamentais, por exemplo:

> [...] o direito à vida, a liberdade de consciência, as outras liberdades civis, os direitos à subsistência e outros similares, graças aos quais se asseguram a dignidade da pessoa, ou a igualdade, a paz ou outros valores ético-políticos que se decida, precisamente, assumir como 'fundamentais', caracterizando uma resposta axiológica, nem verdadeira nem falsa, prescrevendo que expectativas seria justo (justo no sentido de ser moral ou politicamente justificado) tutelar como direitos fundamentais. (FERRAJOLI, L. apud SIMM, 2005).

A primeira dimensão ou primeiro feixe de direitos fundamentais marcou a passagem do Estado Autoritário para o Estado de Direito, sendo caracterizada pelas liberdades individuais e pelo absenteísmo estatal.

Essa dimensão de direitos, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, foi reconhecida nas primeiras constituições escritas.

Inicia-se, assim, o movimento político-ideológico identificado como constitucionalismo, que levou à elaboração das chamadas constituições modernas, destinadas a disciplinar a organização fundamental do Estado e limitar o poder: internamente (pela separação dos poderes) e externamente (pelos direitos fundamentais).

> O constitucionalismo em que se cristaliza o humanismo político dos séculos XVII e XVIII trouxe no seu bojo, como programa essencial, o princípio da soberania nacional e o imperativo da existência de uma Constituição escrita como instrumento de definição e limitação da autoridade pública. E preconizou que a Constituição, para que seja como tal reconhecida e aceita, há de conter, necessariamente, dois princípios essenciais: a divisão do Poder em três órgãos (Legislativo, Executivo e Judiciário) e a declaração dos direitos fundamentais da pessoa humana. (MALUF, 1995, p. 209).

No entanto, antes mesmo do movimento de constitucionalização dos chamados direitos fundamentais de primeira dimensão, a instituição e o reconhecimento destas prerrogativas e deveres já havia ocorrido em outros documentos históricos.

O primeiro documento a instituir direitos dessa natureza foi a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei João Sem-Terra na Inglaterra. (MALUF, 1995, p. 210)

Também se destacam em tal contexto os seguintes documentos, que marcaram os primeiros passos para a limitação dos poderes do rei, em prol dos nobres, na Inglaterra: Magna Carta Libertatum, de 1215; Lei de Habeas Corpus, de 1679; Bill of Rights, de 1689.

Além desses, são considerados marcos não apenas dos direitos fundamentais de primeira dimensão, mas também da universalização dos direitos humanos as seguintes declarações de direitos: Declaração de Direitos Do Bom Povo de Virgínia (1776, na Virgínia, EUA); Declaração de Independência dos EUA (1776, EUA)[27]; e Declaração (Francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, Assembleia Nacional, França).[28]

Delgado e Delgado (2018, p. 23) explicam que o chamado Estado Liberal teve como primeiro paradigma o constitucionalismo não escrito da Grã-Bretanha do século XVII (constitucionalismo originário britânico), que consagrou avanços institucionais e jurídicos - ainda limitados a uma pequena elite da comunidade, em relação ao Estado Absolutista até então prevalecente na Europa Ocidental, marcado pela ausência de liberdades civis e políticas.

A partir da segunda metade do século XVIII, com respaldo em tais declarações de direitos e na Revolução Americana de 1776 (nos Estados Unidos da América) e da França (1789), que ensejaram a elaboração das constituições respectivas, se verifica o primeiro marco

---

[27] Ambas as declarações norte-americanas tinham preocupação com a própria independência dos EUA e com o regime político; conteúdo individualista e patrimonialista; destinatários finais foram apenas os homens brancos, machos e ricos, sendo que, "contraditória e paralelamente, nas Colônias do Sul, introduzia-se a escravidão negra, em flagrante violação dos direitos de liberdade e igualdade que as Declarações proclamavam." (LEITE, 2011, p. 2).

[28] A Declaração Francesa é fruto da Revolução Francesa; teve pretensão de universalizar os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Retirou alguns privilégios da nobreza e beneficiou a burguesia que começava a exigir direitos civis e políticos. Não foi implementada a igualdade material nem a fraternidade, pois mulheres, negros, operários e grupos sociais vulneráveis foram excluídos da declaração francesa, apesar do caráter universal desta.

do constitucionalismo ocidental, identificado como Estado Liberal Primitivo ou Estado Liberal de Direito.

Nessa primeira fase do constitucionalismo29 se verificou a institucionalização de ideias referentes a três vertentes essenciais: direcionadas às liberdades tanto individuais básicas quanto públicas; definidoras da "submissão, ao império da lei, do poder político, das instituições públicas e privadas, bem como dos indivíduos"; fórmulas de controle do poder político e de representação política da sociedade civil no plano da sociedade política (Delgado e Delgado, 2018, p. 24).

Com o surgimento das primeiras constituições modernas, segue-se a elaboração do aparato normativo, construído com fundamento de validade nas constituições.

Em muitos países, ganham destaque os códigos. Destaque, em regra, maior do que o próprio texto constitucional.

Declarados os direitos fundamentais e firmada a separação de poderes segundo a receita liberal de Montesquieu, entraram em cena os códigos, destinados a fixar o ideário das revoluções burguesas.

Habermas (1997, p. 116-117) registra que as grandes codificações desenvolveram um sistema de normas para assegurar uma esfera privada (livre intercâmbio de pessoas privadas entre si), bem como para garantir a instituição da propriedade privada e sua livre circulação, representada pela liberdade de contratação, de empreendimento e de herança.

O Código napoleônico foi a primeira grande codificação moderna e expressou a ligação indissolúvel entre a liberdade e a propriedade. Conforme a ideologia então prevalecente, "sem a propriedade não poderia haver liberdade", sendo o contrato a forma de fazer circular a propriedade, dependendo, quase exclusivamente, da vontade. Assim, a burguesia, classe dos comerciantes, que podia impor a sua vontade por deter o poder econômico, teve "a oportunidade de adquirir os bens das classes antigas, detentoras de bens, mas de forma improdutiva", numa reação contra os privilégios da realeza, mas com o intuito de com esta formar aliança. (VENOSA, 2012, p. 358).

Nesse contexto do sistema francês que se difundiu largamente em razão da preponderância daquela cultura à época, a autonomia da vontade passou a ser interpretada como fonte e fim de todo o direito.

---

[29] O segundo marco do constitucionalismo, identificado como constitucionalismo social, emergiu no final da segunda década do século XX, inspirado nas experiências constitucionais do México, de 1917 e da Alemanha, de 1919, tendo como característica o reconhecimento e a institucionalização via constituição da transição para a Democracia. O constitucionalismo europeu ocidental do pós Segunda Guerra Mundial levou à concepção de Estado Democrático de Direito, que constitui o marco contemporâneo do constitucionalismo. (DELGADO, 2015, p. 26)

Além disso, o contrato é posto como “ponto máximo do individualismo. O contrato vale e é obrigatório, porque assim foi desejado pelas partes [...]. Não há outras limitações para o contrato que não aquelas fundadas no interesse público.” (VENOSA, 2012, p. 358).

Enquanto as declarações de direitos garantiam a liberdade política dos indivíduos nas relações com o Estado, os códigos tutelavam as liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indevidas ingerências do poder político.

Os novos donos do poder, compreendendo a importância do Direito, chamam para si a produção legislativa, estabelecendo um rígido monopólio sobre ela, com vistas a assegurar segurança e eliminar riscos aos interesses mercantis.

Visando a segurança, foi fixada a lei em um código; fixou-se, após, a sua interpretação, realizada por meio da exegese.

Assim, o Direito restou confinado à letra fria da lei, cuja interpretação deveria restringir-se ao sentido literal do texto normativo veiculador do ideário liberal, tal como a Lei 13.467/17 pretende ao enunciar a restrição da atuação do Poder Judiciário no exame de acordo e convenção coletiva de trabalho e o princípio da intervenção mínima da autonomia da vontade coletiva (art. 8º, §3º, e art. 611-A, §1º, ambos da CLT), como será tratado nos capítulos 3 e 5.

Paradoxalmente, o Estado Liberal Clássico, surgido como reação ao absolutismo, origina o mais sinistro dos absolutismos.

> A burguesia, pós-Revolução Francesa, defendia a livre circulação de riquezas, via contrato, sem intervenção estatal, sustentando que uma sociedade justa e fraterna seria aquela na qual os cidadãos podiam dispor livremente de sua esfera jurídica. todavia, **a não participação do Estado permitiu que os fortes explorassem os mais fracos. o tratamento igualitário formal, no qual não se observa as desigualdades fáticas, ratifica a desigualdade ao invés de retificá-la**. (Gomes, 2005, p. 741, grifo nosso).

Acerca das distorções do liberalismo, notadamente, no âmbito contratual, Gomes explica, se referindo à autonomia da vontade e à liberdade de contratar:

> [...] tanto se abusou dessa liberdade, sobretudo em algumas espécies contratuais, que a reação cobrou fôrças, inspirando medidas legislativas tendentes a limitá-las enérgicamente. O pensamento jurídico modificou-se radicalmente, convencendo-se os juristas, como se disse lapidarmente, que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta. (LACORDAIRE apud GOMES, 1966, p. 30).

Como ensina Viana (2017, p. 12), “no trabalho livre e (ao mesmo tempo) subordinado”, os conflitos estão sempre presentes e “não se reduzem ao choque entre as classes”. Mais do que isso, “se multiplicam no interior de cada uma delas, opondo

empresários a empresários, sindicatos a sindicatos, sindicatos a trabalhadores, trabalhadores a sindicatos e até trabalhadores a trabalhadores".

A tensão entre as classes sociais inerente ao capitalismo e mais inflamada pelas distorções do liberalismo, associada a outros fatores, mas, principalmente, às lutas operárias e a outros efeitos da Revolução Industrial, faz com que o conflito social que levou ao reconhecimento dos direitos civis e políticos se torne ainda mais ameaçador para o Capital. Assim, se fizeram presentes as condições para o desenvolvimento da matriz social do Direito e, consequentemente, para o reconhecimento dos chamados direitos de segunda dimensão e para o surgimento e consolidação do Direito do Trabalho.

1.2.4 A fisionomia do Direito Civil. A dicotomia entre o direito público e o direito privado

O contexto do surgimento dos direitos de primeira dimensão evidencia que a matriz que originou o direito civil na modernidade é liberal e, assim, pautada no individualismo, na liberdade contratual, na valorização do interesse privado e na prevalência da autonomia dos particulares, garantindo iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

Assim, no âmbito contratual, e com vistas a assegurar segurança e a autonomia da vontade, foram reconhecidos nas Constituições modernas e posteriormente nos códigos, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, que representavam a ideologia de afastamento do Estado das relações individuais e sociais. O Estado deveria ser apenas o guardião das liberdades, daí serem denominados os direitos de primeira dimensão como liberdades ou direitos negativos.

Na realidade, o Estado intervinha para reprimir, se preciso com o uso da força, as manifestações que fossem contrárias ou que constituíssem ameaça à liberdade contratual (ou negocial)[30] e à autonomia privada[31] nas relações entre os indivíduos na sociedade.

---

[30] A liberdade de contratar "engloba os poderes de auto-regência dos interesses, tratativas acerca das condições contratuais e ainda da escolha do tipo contratual." (GOMES, 2005, p. 728).

[31] Ressalta-se que a autonomia da vontade se refere à liberdade de agir da pessoa humana, enquanto a autonomia privada é princípio específico de direito privado que se refere ao poder que tem o sujeito de direto de criar normas jurídicas particulares que regerão seus atos.
Assim **"a autonomia privada é a autonomia da vontade qualificada, trazendo em seu bojo não só a ideia de liberdade em seu sentido axiológico, mas em sentido dilatado, a envolver também a possibilidade de criação de fenômenos normativos pelos particulares."** (WEISZFLOG, 2014, p. 162).
Como explica Venosa (2012, p. 375), na contemporaneidade, **a autonomia da vontade clássica é substituída pela autonomia privada, vinculada a um interesse social, no caso, "o freio da função social"**. Há uma nova ordem jurídica contratual decorrentes não apenas do dirigismo estatal nos interesses privados, mas também pelas mudanças históricas em torno da propriedade privada.

Na prática, a atuação abstencionista do Estado assegurava a prevalência dos interesses da classe econômica dominante, convergindo, pois, com os interesses da burguesia, pois viabilizava a exploração do trabalho humano sem peias e sem restrições.

Em tal contexto, erigiu-se o Direito Civil, que tem por missão central regular as relações jurídicas entre indivíduos, sendo tradicionalmente considerado como o principal ramo do direito privado no contexto da dicotomia com o direito público. [32]

Na modernidade, atribui-se, comumente: ao direito público, a preocupação com o bem comum, com o interesse geral; ao direito privado, um "individualismo possessivo", vinculado ao patrimonialismo burguês.

O eixo de compreensão do direito privado estaria centrado, fundamentalmente, na proteção patrimonial da pessoa, considerada, tão-somente, como sujeito de direito, titular de capacidade para fazer movimentar a ordem jurídica.

Sob essa perspectiva, o direito privado seria um conjunto de regras técnicas, neutras, apolíticas, reguladoras da atividade interprivada, mobilizada pelo princípio da "autonomia da vontade", autonomia privada vista ao modo individualista, egoístico e voluntarista, notadamente no contexto da ideologia liberal. (VILHENA, 1996, p. 14).

O Direito Civil, por sua vez, engloba conceitos jurídicos fundamentais, que servirão de suporte à exposição de toda a dinâmica em que se entretecem as relações jurídicas de direito privado, que consiste no "setor jurídico que, tradicionalmente, regula o ordenamento dos interesses de particulares". (VENOSA, 2014, p. 59).

O Direito Civil tem por objeto as relações que versem sobre os interesses privados e seu estudo gravita em torno de três elementos principais: sujeitos, objeto (bens) e relações jurídicas (fatos jurídicos), tendo especial relevância a figura do contrato.

Como ensina Gomes (1966, p. 25), na doutrina moderna, entre os princípios nos quais repousa o regime contratual, destaca-se o da autonomia da vontade, que se particulariza sob a forma de liberdade de contratar.[33]

> A autonomia da vontade sempre foi tida como fonte legitimadora dos efeitos contratuais; as partes tinham o contrato como instrumento de efetivação de seus

[32] A Em que pese terem se mostrado falhas as teorias que tentaram conceituar o que seria um e outro e de não haver relevância de ordem prática em tal distinção, na medida em que o Direito deve ser considerado e compreendido como uma unidade, um todo (Venosa, 2014, p. 61), as proposições em torno dessa temática têm o condão de exemplificar como, em cada época do desenvolvimento das sociedades, ora se verificou de forma pendular, ora a prevalência do privado; ora a do público.
Assim, a compreensão em torno dessa dicotomia - ainda que restrita a uma questão meramente didática, e de sua superação, auxilia na compreensão das razões de estar sendo buscado na contemporaneidade o resgate das "liberdades" e da prevalência do privado sobre o público.

[33] A liberdade de contratar se sujeita a duas limitações de caráter geral: a ordem pública e os bons costumes. (GOMES, 1966, p. 27).

> interesses econômicos, regulando da forma que lhes propiciasse mais lucro, sem qualquer preocupação com os efeitos sociais.
>
> A ótica, dentro da autonomia da vontade, é a de que as partes, através de seus interesses criam normas exigíveis entre elas, sendo tais determinações equiparadas à lei, face sua obrigatoriedade e intangibilidade. (GOMES, 2005, p. 728).

Na época, verificava-se a prevalência do contrato sobre a lei e do privado sobre o público, haja vista a ideologia liberal no âmbito contratual, que ensejava a intervenção mínima do Estado para preservar a liberdade formal.

Entretanto, ao estabelecer as normas que regulam as relações dos indivíduos em torno de tais elementos e limitando a autonomia da vontade de tais sujeitos, existem os preceitos de ordem pública, que têm força obrigatória.

As chamadas normas de ordem pública tendem a pertencer ao compartimento ou setor jurídico designado como direito público.

Portanto, nem mesmo no contexto do individualismo burguês exacerbado que levou à elaboração do Código Civil Francês após a Revolução de 1789, a autonomia da vontade e a liberdade contratual poderiam ser exercidas sem qualquer limitação.

Em virtude das distorções decorrentes do próprio liberalismo, da Revolução Francesa, da intensificação e maior organização das lutas de classes que tornavam o conflito social mais ameaçador para os interesses capitalistas, associados a outros fatores, se verificou a partir de meados do século XVIII, a ampliação do conceito de ordem pública e o redimensionamento da prevalência da vontade contratual na regulação das relações sociais.

As desigualdades resultantes do liberalismo levaram à readaptação da orientação dos contratos do Direito Civil em prol dos anseios sociais, sob o paradigma do Estado Social e na perspectiva de que a liberdade deve ser protegida, mas em harmonia com os demais princípios que norteiam o ordenamento jurídico. (Gomes, 2005, p. 729).

Assim, verifica-se a continuidade do movimento de conquista e reconhecimento de direitos fundamentais, num segundo momento, voltados aos direitos sociais, contexto em que se verifica a formação do Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico, a partir de matriz distinta da do Direito Civil – por ter como ponto de partida a desigualdade, mas que assim como esse tem como pressuposto histórico o modo de produção capitalista.

1.3 O modo de produção capitalista e o imperialismo

Uma das principais contribuições de Karl Marx para a humanidade foi o estudo sobre a base da sociedade moderna: o capitalismo, a partir do método denominado materialismo histórico dialético, enunciado na obra de 1867, *O Capital*.[34]

Marx identifica como ponto central do estudo a luta de classes, que é também o elemento essencial da história do mundo e da sociedade.

No entanto, para Marx, a mera interpretação da sociedade pela filosofia – "*o voo da coruja"*[35] – não bastava. Outra importante contribuição sua, é a busca pela transformação do mundo *–com a emancipação da sociedade, que seria anunciada com o cantar do galo gaulês*[36] – a partir das condições materiais criadas pelas próprias classes sociais para a superação do modo de produção capitalista.

Assim, foi essencial dotar a humanidade trabalhadora com a força vital da teoria econômica, armando-a com o "conhecimento das leis do desenvolvimento econômico da sociedade" na luta pela libertação do jugo capitalista para o triunfo final do comunismo. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 23-24).

O capitalismo começou a se delinear na Europa entre os séculos XV e a metade do século XVIII e, com a contribuição decisiva da Revolução Industrial, consolidou-se como principal modo de produção pelo mundo, no qual há duas classes sociais antagônicas:

> [...] de um lado os capitalistas, que são os proprietários dos meios de produção, como as máquinas, matérias-primas e que vive da exploração da grande massa da população, e, de outro, os proletários , que se encontram privados de toda propriedade dos meios de produção e que só dispõem de sua força de trabalho, isto é, da sua capacidade de produzir. (ANTUNES, 1985, p. 11).

A relação fundamental de classe da sociedade capitalista é a que se estabelece entre a burguesia e o proletariado. (OSTROVITIANOV et al., 1972, p. 23-24).

Todas as relações materiais e, com frequência, também as não materiais, são relações de troca na sociedade moderna capitalista. Assim, a troca é a relação fundamental e para compreender a forma como na sociedade capitalista se dá a reprodução material, é fundamental a noção de mercado, grande espaço social onde acontecem as trocas (compra e venda) por meio das quais se dá a satisfação das necessidades humanas materiais.

---

[34] Ricardo Antunes, em palestra realizada em 2013, ressaltou que um ponto positivo da crise econômica vivida naquele momento na Europa (em 2013), que considerou ser uma "vigança da história", foi a recuperação da obra do "autor mais excepcional que o pensamento moderno nos ofereceu" e que é ponto de partida imprescindível para a compreensão da crise e o cenário atual. (ANTUNES, 2013).

[35] Metáfora utilizada por Hegel para se referir à filosofia e à elucidação do que não é claro ao censo comum.

[36] Expressão utilizada por Marx na Introdução à Crítica da Filosofia do Direito de Hegel.

O objeto da troca na sociedade capitalista é a mercadoria, que constituiu a forma elementar da riqueza material, assim como as células são a forma elementar dos seres vivos.

A mercadoria, seja tangível ou intangível, é, antes de tudo, coisa útil; valor de uso[37]; produto do trabalho humano que satisfaz uma determinada necessidade também humana posta ou criada. Como as necessidades são inúmeras, as mercadorias também são.

As mercadorias podem variar qualitativamente, ou seja, podem ter formas e corpos diferentes, servindo cada qual para uma coisa, mas têm almas iguais (MARX, 2010, p. 48), pois quando estão no mercado e enquanto estão lá, são valores e, sob este aspecto, variam também quantitativamente.

O trabalho é a transformação da natureza, a adequação da natureza às necessidades humanas para produzir coisas úteis, para satisfazer necessidades humanas, sendo esta definição histórica aplicável em qualquer sociedade, desde a era mais primitiva.

O que diferencia a sociedade moderna das outras anteriores é que a coisa útil produzida, em geral, tem que passar pela troca antes que essas necessidades sejam satisfeitas; passar pelo mercado para ser convertida em valor e satisfazer a necessidade de alguém. Em nenhuma outra sociedade senão a capitalista as coisas úteis têm que se transformar em valor antes da satisfação de uma necessidade humana.[38]

Para Marx, o que confere valor às mercadorias é o trabalho humano; o que faz com que tenham valor é serem produtos do trabalho humano, característica esta que a identifica como a substância do valor. Assim, o valor da mercadoria depende da quantidade de trabalho necessário para realizá-la. (MARX, 2010, p. 47).

Marx trabalha com o pressuposto de que estaria sendo observada a lei da troca de equivalentes (MARX, 2010, p. 65), segundo a qual na operação de troca, valor se troca por valor igual. Assim, se a quantidade de trabalho para produzir duas mercadorias diferentes é o mesmo, o valor de tais mercadorias será exatamente o mesmo, exceto em caso de fraude.

A partir de tais concepções, Marx cria esquemas sobre a circulação e sobre o mercado para, então, explicar "o capital".

Na primeira sistematização, explica que aquele que tem uma mercadoria e precisa de outra para atender uma necessidade, vai ao mercado e a troca por dinheiro, para, assim, obter

---

[37] Ressalta-se que a distinção entre valor de uso e de troca não foi preconizada por Marx, mas pelos primeiros economistas políticos que o antecederam e o inspiraram a escrever sua crítica, entre os quais se destaca Adam Smith, autor da obra *A riqueza das nações*, do último quartel do século XVIII, na qual se refere a valor de uso e valor de troca e que lhe rendeu o *status* de pai da economia.

[38] Tal movimento é o que Marx denominou "o salto mortal da mercadoria" - (MARX, 2010, p. 53). Se uma mercadoria não é vendida, não dá o seu "salto mortal", não pode ser utilizada por ninguém e não satisfaz a necessidade de ninguém porque a troca não se efetivou.

o valor necessário para adquirir a outra mercadoria. Assim, apresenta o esquema: M - D - M (mercadoria - dinheiro - mercadoria), que representa a constatação de que “vende-se para comprar”, ou seja, transforma-se determinada mercadoria em valor abstrato nas mãos e compra-se outra mercadoria, de maneira que o valor obtido se torna objetivado em outra mercadoria útil. Como as mercadorias não são exatamente as mesmas em tal situação de troca, a melhor forma de escrever o esquema é: M.a. - D - M.b. (mercadoria A - dinheiro - mercadoria B). (MARX, 2010, p. 91).

A finalidade desse movimento é fazer com que essas diferentes coisas úteis troquem de mãos e possam ser de fato utilizadas.

O segundo esquema estruturado por Marx decorre da reflexão de que o mercado é uma sequência de operações de venda e de compra, em que mercadorias e dinheiro mudam constantemente de mãos. A forma de resumir o movimento é “compra-se para vender”, o que só faz sentido se o valor do dinheiro ao final for maior do que o inicial, como representado no circuito: D - M - D', na qual D' indica um acréscimo no dinheiro inicial. (MARX, 2010, p. 91).

Esse movimento característico de valorização do valor, de comprar para vender, com o fim de obter mais valor do que o que se tinha inicialmente, é “o capital” para Marx.

A finalidade desse movimento é aumentar o valor em abstrato, a riqueza que o capitalista tem nas mãos. Portanto, a satisfação das necessidades humanas não é a finalidade do movimento. Trata-se apenas de um subproduto desse sistema que se movimenta sob uma lógica inumana. (MARX, 2010, p. 93).

No entanto, se Marx estava certo quanto à lei dos equivalentes, é necessário justificar de onde vem o valor adicional que vai gerar o valor a mais, ou seja, o segredo do capital. (MARX, 2010, p. 139).

A geração desse valor adicional não é completamente independente do mercado e da circulação, mas o comércio não permite identificar de onde ele vem, de maneira que deve ser buscada a resposta no âmbito da produção, haja vista que por meio do trabalho humano é que se acrescenta valor às matérias-primas e insumos.

A própria força de trabalho vai se tornando mercadoria especial e o seu consumo se dá dentro do processo de produção, combinada com os insumos do processo de trabalho para a produção de valor; de mercadorias novas que têm mais valor do que tudo que foi combinado pelo capitalista para produzir aquela mercadoria.

Assim, para Marx, a força de trabalho é justamente a substância no valor. (MARX, 2010, p. 47).

A grande questão é que a avassaladora maioria das pessoas tem somente a força de trabalho para oferecer no mercado para sobreviver e pode ser que o capitalista não queira comprá-la.

Eis o **segredo do capital**. (MARX, 2010, p. 133).

Sem desrespeitar a lei da troca de equivalentes, o capitalista encontra no mercado de trabalho uma mercadoria (a força de trabalho) cujo valor de uso é produzir valor e mais: o valor dessa mercadoria é menor do que o valor que ela produz ao longo da jornada de trabalho.

A força de trabalho é uma mercadoria especial, por ser a única capaz de criar outras mercadorias que são trocadas no mercado.

O valor de troca da mercadoria força de trabalho é o salário e o seu valor de uso é a quantidade de valor que ela é capaz de produzir ao longo da jornada de trabalho e que, regra geral, é maior do que o salário que ela custou ao capitalista. Caso contrário, esse não faria a compra.

A partir da ideia do valor trabalho, também se delineia a noção de jornada. Assim, o operário vende o trabalho e numa parte do período em que se dedica à produção, produz o correspondente ao necessário para receber o salário e assim prover a sua subsistência, mas continua produzindo além disso na jornada e esse *gap*, esse valor a mais decorrente do trabalho do operário não é revertido em favor dele, não volta para o trabalhador; é privadamente apropriado.

A diferença entre o valor de uso do trabalho e seu valor de troca em benefício do capitalista representa o que Marx identifica como mais valia, que se apresenta sob duas acepções: absoluta e relativa.

A mais valia absoluta se refere ao ganho que o capitalista tem com o aumento da produtividade do trabalhador (ou indivíduo); à maior extração possível daquela força de trabalho.

Assim, quanto mais extensa for a jornada de trabalho, mais aumenta a diferença entre o valor de uso da força de trabalho e o valor de troca da mercadoria produzida. Por isso, as jornadas eram de 16 a 18 horas à época da Revolução Industrial.

A mais valia relativa, por sua vez, se refere ao ganho que o capitalista tem com a redução do valor da força de trabalho.

Assim, na concepção marxista, o capitalista tem as “mercadorias engordadas de mais valia” e “recupera seu dinheiro aumentado”. (MARX, 2010, p. 47).

Enquanto seu trabalho aumenta o capital, os operários **“constrangidos a vender-se a retalho, são mercadoria, artigo de comercio como qualquer outro”**. (ANTUNES, 2014).

Em consequência, eles se submetem às variações do mercado, perdem a destreza do artesão e tornam-se simples apêndice da máquina. Deles só se requer o manejo mais simples, o custo se reduz ao mínimo necessário para a subsistência. (ANTUNES, 2014).

O permanente e ininterrupto progresso tecnológico (característica e necessidade interna do sistema capitalista, segundo Marx) potencializa a mais valia, pois faz cair o valor das mercadorias e o valor da mercadoria força de trabalho. Gasta-se menos tempo para produzir cada mercadoria; tempo que pode ser usado para produzir *outras* mercadorias.

Com a força desse movimento frenético, a mais valia relativa é ininterruptamente produzida.

Assim, a própria concorrência intercapitalista empurra o desenvolvimento tecnológico, pois enquanto o capitalista mantém em segredo a inovação que lhe permite otimizar a produção, aumentando a produtividade e reduzindo custos, ele *sai na frente* e consegue mais valia extra no mercado, aumentando sua taxa de lucro.

Para viabilizar o objetivo do capitalista é indispensável a existência do trabalhador, para que possa ser novamente explorado e produzir. A necessidade de trabalhadores disponíveis, de formação do chamado “exército industrial de reserva” (MARX, 2010), explica porque foi preciso, à época da transição do feudalismo para o capitalismo, impedir que os indivíduos tivessem outras formas para prover sua subsistência além de colocar sua força de trabalho à disposição do capitalista em troca de salário.

Tais noções continuam sendo compatíveis com a realidade dos trabalhadores contemporaneamente. No Brasil, principalmente a partir da Lei 13.467/17, seguindo tendência reformista mundial, como será abordado no capítulo 3, são admitidas formas de contratação que podem potencializar a mais valia tanto realtiva quanto absoluta, tal como nos casos de teletrabalho e de trabalho intermitente. Esse efeito também pode decorrer das alterações quanto à duração do trabalho, dentre as quais se destacam a possibilidade de ser admitido como válido ajuste entre as partes para a compensação de jornada (para compensação no prazo de até 6 meses) e para a adoção do regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, com possibilidade de ser meramente ‘indenizado” o intervalo intrajornada!

Além disso, a orientação de prevalência do negociado sobre o legislado decorrente da Lei tanto pode ter como efeito essa potencialização da mais valia, quanto pode ser justamente o meio de buscar o equilíbrio nas relações de produção.

Por outro lado, além de ter quem produzir, somente se concretiza o objetivo do capitalista se houver consumo.

Além dos próprios trabalhadores, todos os capitalistas são necessários, tanto por serem consumidores como porque têm empregados consumidores.

Portanto, para que seja alcançado o objetivo de acumulação, observa-se um processo contínuo, constantemente realimentado, de caráter expansionista e universalizante, pois, à medida que o sistema exige expansão da produção para obter a acumulação, naturalmente o consumo também se expande, inclusive para além das fronteiras de um Estado especificamente considerado.

Dessa forma, também é possível constatar que foi a característica do próprio sistema que forneceu substrato para o imperialismo.

Assim, a dominação não existe apenas entre explorados e exploradores no âmbito de uma sociedade nacional. É que o sistema econômico exige que o mundo seja considerado uma nação, em termos econômicos, e impõe desenvolvimento desigual, fazendo com que existam países exploradores e explorados, aspecto crucial que entre outros, justifica e impulsiona a onda de reformas trabalhistas e de adoção de medidas pró-austeridade em diversos países, de forma mais intensa a partir de 2008, como será exposto no capítulo 3.

Ianni, ao tratar do imperialismo na América Latina destaca que

> [...] as relações dos países latino-americanos com os Estados Unidos estão sempre carregadas de ambigüidade, controvérsia e contradições. Mesmo quando essas relações desenvolvem-se no nível estrito das classes dominantes, combinando os interesses da burguesia hegemônica com os da subalterna, mesmo nessa situação as relações não são harmônicas. Nesse nível, há sempre alguma disputa em torno da apropriação do *excedente econômico*. E quando focalizamos essas relações em termos mais amplos, englobando também os interesses das classes assalariadas dos países da América Latina, então as ambigüidades, controvérsias e contradições tornam-se ainda mais profundas. Nesse nível, a disputa tende a organizar-se em torno da apropriação da mais-valia. (IANNI, 1974, p. 10).

O capitalismo é, portanto, extremamente dinâmico do ponto de vista material e tem grande capacidade de suprir as necessidades humanas.

Grande problema da sociedade capitalista é que nem todos têm acesso aos bens, aspecto que decorre da concorrência intercapitalista e da busca de mais valia extra, inerentes ao sistema.

Além disso, o lucro vem da produção do mais valor, que, por sua vez, vem da força de trabalho daqueles que não têm outro meio de satisfazer suas necessidades materiais. Esta contradição é o maior ponto de tensão na sociedade capitalista, que acarreta as crises do sistema:

> Esta contradição reside no fato de o capital necessitar da força de trabalho socialmente, mas privadamente tentar se livrar dela na ânsia de obtenção de um lucro extra. A busca incessante da redução do tempo de trabalho necessário à produção dos bens, que faz parte da lógica privada de cada capitalista, acaba produzindo desemprego. A redução da capacidade de consumo doméstico que daí resulta impede uma parte das mercadorias de darem seu salto mortal. Os capitalistas reagem a esta situação investindo menos, produzindo menos e despedindo ainda mais trabalhadores, o que só faz aprofundar a crise. (PAULANI, 2019).

Assim, a mesma dinâmica que enseja a expansão e a acumulação de riqueza material produz também – com a mesma intensidade – instabilidade e crises, pois gera desemprego (aumento do exército industrial de reserva) e impede o crescimento dos salários nos momentos de maior desenvolvimento econômico, levando à queda de consumo, o que, por sua vez, aumenta a miséria e o pauperismo. Tal ciclo vicioso constitui a lei geral da acumulação capitalista. (MARX, 2010, p. 133).

O sistema de crédito alavanca o capitalismo e é elemento catalisador de suas crises, na medida em que acelera o mecanismo da produção e acumulação capitalista, permitindo que o sistema vá além dele mesmo.

> [...] quando o sistema está muito desenvolvido, ele traz junto consigo o desenvolvimento do que Marx chama de 'capital fictício', representado pelas ações e títulos de qualquer natureza, com destaque para os papéis da dívida pública. tudo isso funciona como fermento do processo de acumulação, mas tem também um poder enorme de fazer 'murchar o bolo'. quando o capitalismo fica, como agora, (em 2019) tomado por essa febre de acumulação puramente financeira as crises sucedem-se sem parar e atingem particularmente os países da periferia do sistema capitalista como o Brasil. (PAULANI, 2019).

Todos esses aspectos explicam a ambiguidade intrínseca da sociedade moderna capitalista: apesar de se tratar do modo de produção que tem o maior potencial de atender as necessidades materiais dos indivíduos e de gerar riqueza e fartura, é, também, o que mais gera desigualdade, pobreza e destruição.

Isto porque antes de satisfazer as necessidades materiais dos indivíduos, as mercadorias, em geral, precisam ser trocadas no mercado e a maior parte da população não tem nenhuma riqueza, nenhuma mercadoria para trocar além da sua própria força de trabalho, num contexto - de sempre, em que a oferta de trabalho é maior do que a necessidade dele.

A partir do conceito de **fato social** (geral, externo e coercitivo) trabalhado por Émile Durkheim[39] é possível compreender por que a atuação individual e isolada é inviável para a superação do capitalismo e o porquê de vivermos sob o capitalismo. O indivíduo pode ser anticapitalista, mas, mesmo assim, realizar consumo capitalista, pois o capitalismo exerce

[39] Conceito desenvolvido na obra “As Regras do Método Sociológico”, de 1895.

uma força coercitiva. Não é possível que o indivíduo decida que não vai viver sob o capitalismo e se exclua do sistema. Trata-se de um fato social, externo ao indivíduo, que independe dele e está no mundo inteiro, como uma característica central da sociedade, sendo que sua superação pressupõe uma atuação coletiva.

Esse aspecto é essencial para a compreensão de que a noção de liberdade contratual e de autonomia privada no âmbito das relações laborais que a Lei 13.467/17 tenta potencializar deve ser vista, no mínimo, com ressalvas.

Como será abordado de forma mais detalhada no capítulo 3 adiante, não é efetiva a capacidade do trabalhador se autogovernar sem a influência e a pressão do desemprego e das forças do mercado interno e global.

Essa visão é abordada por Gaudemar, que considera que "o ordenamento empresarial é aceito por serem os obreiros sujeitos à coação direta dos salários e à chantagem da precariedade do emprego" (GUADEMAR apud MELHADO, 2003, p. 128). Melhado destaca:

> Parece óbvio o que Gaudemar quer dizer com isso. Os trabalhadores obtêm sua subsistência material e intelectual exclusivamente do salário, mas sua única fonte de rendimentos, que é o emprego, é uma realidade precária, não sendo protegida – via de regra – por normas jurídicas de estabilidade. A incerteza do emprego e a imprescindibilidade da contraprestação salarial proporcionam ao tomador de serviços uma situação de privilégio. Para [...] Gaudemar o poder do empregador não se caracteriza, pois, como um poder legítimo: é meramente tolerado, porque inelutável. Em alguns momentos é coatividade pura (no ciclo pan-óptico, por exemplo); noutros a coatividade é mesclada por algumas cores de contratualidade consentida e limitada. (MELHADO, 2003, p. 129).

Melhado explica que essa abordagem é baseada nas "[...] transformações das formas de dominação política ensejadas também como consequência das transformações científicas ocorridas no âmbito da produção. Seu objeto, diz ele, é o uso político ou disciplinar da produção". O autor considera que esse tratamento metodológico amplo:

> [...] não dá conta do problema da fundamentação dos poderes exercidos pelo capital sobre o trabalho [...] Ademais, Gaudemar não atenta para a circunstância de que a autoridade patronal pode ostentar e não raro ostenta um certo nível de legitimação, no sentido de que seu poder – na práxis social – resulta acatado voluntariamente pelo trabalhador. Até mesmo um regime ditatorial pode gozar de tal status de legitimidade, conquanto seja o seu poder desejado ou admitido pela coletividade sobre a qual se impõe. Nessa exata medida, também o poder diretivo do capital enverga, sim, foros de aceitação e autoridade legítima. (MELHADO, 2003, p. 130).

Em tal contexto, há a perspectiva sustentada por Marx, de que é necessário superar o capitalismo, mediante a criação das condições materiais pelos próprios indivíduos na sociedade para a revolução social.

Também há a perspectiva de que é possível que a exploração do trabalho humano dentro do sistema capitalista pode se dar de maneira a proporcionar ao trabalhador condições menos indignas de labor e de vida.

Nessa segunda vertente, apresenta-se a orientação de prevalência do negociado sobre o legislado, ensejando o questionamento acerca da possibilidade de tal fórmula gerar resultados positivos.

Tanto numa quanto noutra hipótese, a atuação do proletariado é pressuposto essencial.

1.3.1 A formação da classe trabalhadora: o conflito social se torna mais ameaçador

A noção que Engels apresenta de classe trabalhadora[40] é de que ela é composta pelos homens e mulheres que vivem da venda de sua força de trabalho pelo salário, porque só ela provém sua subsistência. Se não a venderem, vão cair na miséria e o risco de morte existe.

Em *O Capital*, a "classe trabalhadora[41] compreende a totalidade dos assalariados que vivem da venda de sua força de trabalho; são despossuídos dos meios de produção e enquanto tal constituem a classe da sociedade civil que não tem nada a perder". No entanto, essa classe é vital para o sistema, pois o capital só pode se reproduzir através de uma força de trabalho que difere de todas as mercadorias; como já se disse, é uma mercadoria especial porque valoriza o valor. (MARX, 2010, p. 67).

Dito de outra forma, a classe trabalhadora é o conjunto de indivíduos que apenas trabalham; que vendem sua força de trabalho; que, quanto mais valor geram, mais se empobrecem materialmente e mais se miserabilizam.

Por outro lado, avança também a ideia de que o proletariado, despossuído e oprimido, é a única classe capaz de lutar - de forma coletiva - pela dissolução de todas as classes.

A partir da constatação de que classe trabalhadora também era segmentada e estratificada, Marx começa a tratar da concorrência que o patronato estabelece entre os trabalhadores, o que é vital para a sobrevivência e manutenção da dominação fabril. Assim, a concorrência entre os trabalhadores é decisiva.

O mundo contemporâneo é uma guerra desesperada de concorrência entre os que trabalham. O que Marx talvez não tenha imaginado é que passados quase dois séculos a partir de suas reflexões, a concorrência continuaria existindo de forma tão acirrada.

---

[40] Na obra *A formação da classe trabalhadora na Inglaterra*, de 1845.

[41] A classe trabalhadora abrange os que produzem a mais valia (trabalho produtivo ou abstrato) e os trabalhadores considerados improdutivos para o capital (que geram antivalor), cujo trabalho é usado como serviço e não participa diretamente da produção e, assim, não criam mais valia, mas também são imprescindíveis para o capital.
Contemporaneamente, o capital reduz ao mínimo o trabalho produtivo e o improdutivo e potencializa ao máximo o maquinário capital digital. (MARX, 2010, p. 67).

Mesmo assim, a classe trabalhadora lutou.

A consciência e a solidariedade de classe levaram ao avanço das formas de luta.

A possibilidade de adquirir consciência é que confere à classe trabalhadora a condição de classe.

A partir de seus manuscritos econômico-filosóficos, Marx sustenta que o mundo do trabalho, sob a lógica do capital na fábrica, estranha e aliena o trabalhador, o infelicita. (MARX apud HUNT; SHERMAN, 1992, p. 76).

A miséria do trabalhador está na razão inversa da importância da riqueza do empresariado. O trabalhador vive no mundo da opressão. O trabalho deixa de ser atividade vital, que traz vida e passa a ser atividade heterônoma, subordinada, extrínseca, externa e compulsória: “trabalho para viver, se não trabalhar, não vivo.” (ANTUNES, 2014).

O capitalismo não efetiva o ser social que trabalha, o desefetiva. No ato da produção ele não se sente como individuo que domina o seu trabalho; não se sente como parte do gênero humano. (ANTUNES, 2014).

Como ensina Viana, “a opressão, que é o seu avesso, a resistência tem marcado a história dos trabalhadores. Suas formas são múltiplas. Seus significados também.” (VIANA, 2017, p. 9).

Viana lembra que “desde o nascimento do sistema capitalista os modos de oprimir e resistir foram se racionalizando - e até se institucionalizaram, como no caso do sindicato. E assim passaram a compor a própria estrutura das relações de produção.” (VIANA, 2017, p. 10).

A resistência pode ser individual ou coletiva.

Como explica Viana, “na primeira, o empregado se rebela diante do comando ilícito do patrão. É a luta pelo direito posto.” (VIANA, 2017, p. 25).

A greve é espécie coletiva do gênero direito de resistência (VIANA, 2017, p. 14) e, por isso, não se dirige tanto à defesa do direito já existente, mas à construção de um novo direito. Fica relegada ao conflito “a tarefa de reger o equilíbrio entre capital e trabalho.” (LIMA, 2017, p. 21).

Como já visto, o trabalhador não tem liberdade completa, por não ter a opção de deixar de ser subordinado, mas, na greve, “é a liberdade que volta, não obstante mitigada, temporária e sobretudo contraditória: em termos reais, o trabalhador se coloca fora do contrato, ainda que formalmente dentro dele, e para reentrar nele em seguida.” (VIANA, 2018, p. 18).

A greve “se escora num trinômio: '(...) ruptura da normalidade da produção, prejuízo para o capitalista e proposta de restabelecimento da normalidade rompida.” (TARSO GENRO apud VIANA, 2018, p. 19).

Portanto, a greve não necessariamente gera prejuízo e destrói, pois, “em geral, os trabalhadores querem, com aquele pequeno grito de liberdade, (...) voltar ao lugar da opressão.” (VIANA, 2018, p. 19).

Múltiplas podem ser as facetas e os efeitos da greve: atacar; travar relações; abrir o diálogo (com a participação pelo menos do sindicato da categoria profissional), sendo meio de conversa, de denúncia e de dar fôlego para repensar e refazer a rotina do trabalho, que ajuda a “desequilibrar e a recompor o sistema”. Além disso, “faz o contrato sair de seu leito, incorporando novas cláusulas. Ao mesmo tempo, irradia os seus efeitos para outras categorias e mesmo para além das relações de trabalho.” (VIANA, 2017, p. 19; 21; 29).

Como destaca Viana, “a greve se dirige ao processo produtivo - invertendo, a seu favor, a própria racionalidade da fábrica.” (VIANA, 2017, p. 29).

Complementa o autor ressaltando que “É curioso notar que no mesmo momento em que a fábrica deixa de produzir mercadorias, a greve - que é também o seu contrário - passa a produzir direitos. E direitos não só trabalhistas, em sentido estrito, mas humanos, em termos amplos.” (VIANA, 2017, p. 19-20).

A greve enfrenta e ameaça o poder do capital. (VIANA, 2017, p. 20).

Como destaca Viana, “Na greve, o trabalhador individual assume a potência do trabalhador coletivo, multiplicando assim as suas forças e repetindo, nesse ponto, exatamente o que se passa no domínio da produção.” (VIANA, 2017, p. 21).

Outro traço de suma importância é que a greve “conversa também com o próprio trabalhador: ensina-o a lutar pelos direitos que tem e (principalmente) pelos que ainda não tem; a inverter o medo que sente pelo medo que semeia; a ter orgulho; a sentir-se gente.” (VIANA, 2017, p. 22).

Por meio da greve, “os trabalhadores expressam sua união, a sua força, a sua coragem. Afirmam-se enquanto classe, desvelando a existência de uma outra classe, que domina os meios de produção e por isso também os domina.” (VIANA, 2017, p. 22).

Ademais, “para além das reivindicações do momento, a greve carrega a memória coletiva do passado. E é essa memória que ajuda, de um lado, a legitimar o sindicato e, de outro, a tecer a identidade de cada um”. (VIANA, 2017, p. 23).

Por tais razões, como aponta Viana, a greve “descreve um pouco do nascimento do próprio Direito do Trabalho, como que reconstruindo a cena” e “prova que o Direito do

Trabalho *está sempre nascendo* – e mostra, assim, sua natureza 'inconclusa'[42].” (VIANA, 2017, p. 24).

A greve “nem precisa se realizar para produzir efeitos: às vezes, basta existir em potência, criando um clima favorável aos trabalhadores. Por isso, nos países de sindicatos mais fortes, as normas de proteção tendem a ser também assim (VIANA, 2017, p. 25).

Como aponta Viana:

> [...] a greve mostra uma postura diferente do cidadão em face do direito (...) de agente ativo (ou interativo), pronto para rebelar-se a qualquer momento, apenas que o faça apenas episodicamente. Em igual medida, a ausência de greve pode servir - em sentido contrário - para legitimar o direito. (VIANA, 2017, p. 25).

Tais aspectos evidenciam a força da atuação coletiva, das greves e dos sindicatos, que vai além do contexto da relação laboral propriamente dita.

A greve é o “momento em que o trabalhador se constrói como sujeito político, e se vê (assim como é visto) com outros olhos. Nesse sentido, cada greve é um pequeno tijolo na construção de sua identidade pessoal”. (VIANA, 2017, p. 27).

Cada greve envolve distribuição de poderes e a percepção do grupo social em si mesmo.

Marx desenvolve a noção de que a consciência de classe tem um movimento “em si” e “para si”.43

A noção de consciência de classe “em si” refere-se à percepção que a classe trabalhadora tem do seu interesse imediato, representado, exemplificativamente, por querer sobreviver e viver melhor.

A noção de consciência de classe “para si” diz respeito à percepção de que “a organização enquanto classe unida é a chave para a ação política em direção à transformação do estado das coisas”. (MARX, 2006).

---

[42] A afirmação de que o Direito do Trabalho é “inconcluso” por natureza é de Mario de La Cueva (apud VIANA, 2017, p. 24).

[43] Essa consciência do proletariado, a clareza acerca de seu potencial transformador, é essencial na visão de Marx para que se consolidem as mudanças em relação à sociedade capitalista. A emancipação pressupõe, portanto, o autoconhecimento, a consciência de classe. Isso é evidenciado em várias metáforas usadas pelo autor, para quem, “assim como a filosofia encontra armas materiais no proletariado, o proletariado tem suas armas intelectuais na filosofia”. (MARX apud ANTUNES, 2014). Na mesma linha, Marx considerava que “logo que o relâmpago do pensamento tenha penetrado profundamente no solo virgem do povo, os alemães emancipar-se-ão e se tornarão homens.” (MARX apud ANTUNES, 2014) Ainda nessa perspectiva, Marx faz um contraponto à metáfora utilizada por Hegel, para quem a coruja, ave de minerva, que alça voo ao entardecer, representa a filosofia explicando o mundo, interpretando-o. Para Marx, “cumpridas as condições internas, a insurreição da Alemanha será anunciada com o cantar do galo gaulês”, ou seja, se refere ao cantar do galo ao amanhecer como transformador do mundo, indo além da filosofia, que apenas interpreta-o. (MARX apud ANTUNES, 2014).
Contemporaneamente, o capital reduz ao mínimo o trabalho produtivo e o improdutivo e potencializa ao máximo o maquinário capital digital. (ANTUNES, 2014).

Se a classe trabalhadora não tivesse essa potência e o potencial emancipatório quando atua solidariamente, não ensejaria tanta repressão por parte do capital.

O primeiro sonho da classe trabalhadora é lutar para sobreviver. Se não tem trabalho, luta por trabalho para sobreviver; se tem trabalho, luta para diminuir a exploração no trabalho, pois ela só tem a força de trabalho para vender, mas se ela puder, "ela vira a mesa". (ANTUNES, 2014).

O Autor também lembra que:

> Para os sindicatos marxistas e anarquistas, a revolução aconteceria assim, talvez num único dia, ou numa "grande noite", quando os trabalhadores de todo o mundo se uniriam na inatividade. [...]
>
> Mesmo a greve apenas reivindicativa guarda um resíduo de sonho. (...) Até certo ponto, a greve antecipa aquele futuro cheio de liberdades, em que o trabalhador se reapropria de seus tempos e movimentos. (VIANA, 2017, p. 27).

Essa necessidade de lutar para sobreviver e de o trabalhador passar a maior parte do tempo ocupado com isso, contribui para a compreensão, como será abordado de forma mais detalhada no capítulo 3, de como o sistema tem mecanismos para minar a resistência do trabalhador, tanto no âmbito individual quanto coletivo, o que impacta, diretamente, na capacidade negocial na regulação das relações laborais.

No entanto, também é traço de ambiguidade marcante nesse sistema que com o desenvolvimento da indústria, o proletariado se multiplica e se comprime em massas cada vez maiores. Assim, sua força cresce e ele adquire cada vez mais noção dessa força. Sob a perspectiva marxista, ganha a consciência de que não pode apoderar-se das forças produtivas sociais senão abolindo o modo de apropriação a elas correspondente. Nada tem de seu a salvaguardar; sua missão é destruir todas as garantias e seguranças da propriedade privada até então existentes.

Com a mesma força destruidora e avassaladora com que o capital avança e oprime, produzindo riqueza para muito poucos e a pobreza para a grande maioria, ele também tem a capacidade de despertar a consciência e a solidariedade.

Em que pese a impossibilidade de o trabalhador exercer efetiva resistência e até se opor de forma eficaz ao sistema capitalista a partir de atuação isolada ou individualmente considerada, pela solidariedade, o proletariado pode se contrapor à concorrência que o capitalismo incute entre os trabalhadores e se opor a esse sistema.

Marx considera que o proletariado é revolucionário porque não tem nada a perder. Tudo ele já perdeu. Trata-se do estamento, da classe despossuída e mais oprimida. O mal que

lhe é feito não é um mal particular, é um mal em geral, o que é em suma a perda total da humanidade. Portanto, ela só pode redimir-se a si por uma redenção total do homem. (ANTUNES, 2014).

O capitalismo tem viés totalizante e totalitário. Controla o exército, polícia, o Direito, o estado, governos, imprensa em escala global etc., mas, nem mesmo ele, pode impedir a atuação coletiva.

Assim, compreender a nova morfologia do trabalho na sociedade pós-moderna é essencial para identificar se ainda há algum elemento social com potência e potencial transformador do sistema capitalista e quais poderiam ser as possíveis contradições viscerais que poderiam desencadear e conduzir movimentos de mudança e, quiçá, de emancipação, na linha do que Antunes explicou sobre a classe trabalhadora: luta para diminuir a exploração no trabalho, mas se ela puder, "ela vira a mesa". (ANTUNES, 2014).

Consequentemente, ainda que não seja efetivada a *revolução*, essa consciência, a soma e a oposição podem atuar como contraponto significativo ao capitalismo imperialista.

Tais aspectos são indissociáveis do Direito e mais especificamente do Direito do Trabalho, haja vista que são fontes materiais deste ramo jurídico as relações sócio-laborais e as transformações na dinâmica do capital.

Mais do que isso, o surgimento do Direito enquanto ordem está diretamente relacionado ao conflito social em torno da propriedade e, **à medida em que esse conflito se torna mais ameaçador, com a percepção do potencial revolucionário da classe trabalhadora, associada a diversos outros fatores combinados, como exposto no capítulo 3, surge esse ramo jurídico.**

A análise do potencial transformador do estamento ou da classe despossuída na contemporaneidade e das respectivas instituições representativas, ganha ainda mais relevo no Brasil em virtude das alterações legislativas Lei n. 13.467/17, que, entre outras medidas, visou a assegurar a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações laborais, na perspectiva da intervenção mínima no Estado em tais relações, sob a retórica de enaltecer as liberdades dos indivíduos e fortalecer as entidades sindicais.

2 A GÊNESE DO DIREITO DO TRABALHO E A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA DA PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA PRIVADA DO DIREITO CIVIL NA RELAÇÃO DE TRABALHO SUBORDINADO

2.1 A exacerbação do conflito social a partir do século XIX que precedeu o surgimento dos direitos fundamentais de segunda dimensão e do Direito do Trabalho

Como ensina Delgado:

> [...] a partir de fins da Idade Média e alvorecer da Idade Moderna se verificaram processos crescentes de expulsão do servo da gleba, rompendo-se as formas servis de utilização da força de trabalho esse quadro lançaria ao meio social o trabalhador juridicamente livre dos meios de produção e dos proprietários desses meios. (DELGADO, 2018, p. 98).

O pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e via de consequência, da relação empregatícia – objeto do Direito do Trabalho) é a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre), como se abordará adiante. (DELGADO, 2018, p. 98).

Embora não pudesse deixar de se oferecer para algum tomador, pois poderia ser preso por vadiagem, tal trabalhador tinha mobilidade que não acontecia na servidão: podia se mover, oferecer trabalho a um ou a outro empregador. Assim, a constrição passava a ser econômica, e não mais legal, religiosa e moral, como nos seus tempos de servo. (VIANA, 2019).

Nessa relação de trabalho subordinado, faltava igualdade para a discussão do conteúdo do contrato. em que pese o trabalhador ser juridicamente livre, a liberdade de trabalhar ou não subordinadamente era quase sempre irreal, cumprindo ao patrão, exclusiva e despoticamente, estabelecer as condições de trabalho, pois não havia qualquer regulamentação e a mão-de-obra disponível era abundante. (OLIVEIRA, 1997, p. 65).

A análise feita por Weber (apud Melhado) demonstra de que maneira a noção de propriedade privada se relaciona com a relação de emprego. Considera que a relação de poder "[...] mais elementar é a que se encontra presente no mercado, sendo dada pela posse sobre os bens e pelas relações de troca que implica".

A posse dos bens:

> [...] quando menos de um modo geral, aumenta seu poder (o dos respectivos possuidores) na luta de preços contra aqueles que, não possuindo nenhum bem, devem limitar-se a oferecer os produtos do seu trabalho bruto ou elaborado e a cedê-los a qualquer preço para ganhar seu sustento. (WEBER apud MELHADO, 2003, p.25).

Com a intensificação da utilização do trabalho livre e subordinado e da mudança de perspectiva de produção, com vistas ao mercado, proliferaram as maquinofaturas e, posteriormente, fábricas, até gerar a grande indústria, com intensa especialização e mecanização de tarefas, com sequência e rotina.

Nesse contexto, verificou-se o fenômeno de crescente mecanização em importantes setores produtivos em alguns países, que ficou conhecido como Revolução Industrial.

Dentre os desdobramentos relacionados a esse fenômeno, destacam-se, de forma não exaustiva: o desemprego; acentuação dos contrastes sociais; destruição do artesanato independente; desorganização da sociedade camponesa; surgimento de moléstias profissionais; entupimento das cidades com legiões de homens, mulheres e crianças obrigados a trabalhar até a exaustão.

O excesso de mão de obra fez com que o trabalho humano se tornasse consideravelmente mais barato, com aviltamento dos salários e nivelamento por baixo da imensa maioria da população, cuja vida social caiu ao patamar mais ínfimo.

Esse cenário propiciou o surgimento do que Saint-Simon chamou de proletário (apud OLIVEIRA, 1997, p. 24) “um trabalhador que presta serviços em jornadas de duração que vai a 14 e a 16 horas, não tem oportunidades de desenvolvimento intelectual, habita em condições subumanas, em geral nas adjacências do próprio local da atividade, tem prole numerosa e ganha salário em troca disso tudo”.

Naquele ambiente de sofrimento, sob conjuntura espoliativa e desumana, era evidente que do ponto de vista econômico, continuaram sendo desequilibradas.

Em verdade, o liberalismo que se apresentara perfeito na teoria se mostrou irrealizável na vida real. “Converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados.” (MALUF, 1995, p. 130).

Conforme ressalta Delgado:

> [...] a relação de produção empregatícia é extremamente mais sofisticada que as relações servis e escravas, caracterizando-se por uma fórmula de estruturação e funcionamento que organicamente dispensa a coerção como instrumento de existência e dinamismo do sistema produtivo. (DELGADO, 1996, p. 141).

O indivíduo livre vincula-se a um empregador mediante um contrato pelo qual se obriga a prestar trabalho e, em contrapartida, receber por ele (salário). Assim, a forma de explorar o trabalho humano se afasta da noção de imposição física ou jurídica, revelando-se como imposição sob o aspecto econômico.

A forma pela qual é explorado o trabalho humano muda de figura: ao invés de exigir trabalho forçado, o empregador paga por ele. Contudo, esse salário pago retorna ao mercado, pois os empregados também estão inseridos no circuito econômico, como consumidores. Daí porque Maurício Godinho Delgado afirma que o "[...] mecanismo do salariado dispensa a coerção para alcançar seu resultado econômico rotineiro". (DELGADO, 1996, p. 141).

Mediante esse mecanismo se constata que a liberdade atribuída ao trabalhador se traduzia "na mais absoluta situação de cogência econômica deste", pois se não aceitasse trabalhar pelo salário aviltante oferecido pelo empregador segundo a lei da oferta e da procura, era livre pra morrer de fome. (CARVALHO NETTO e SCOTTI, 2016, p. 66)

Assim, não havia realmente escolha para o trabalhador, pois, tal como ressalta Oliveira, "de que servia ao trabalhador ser livre, se continuava pobre, sem trabalho??? e morto de fome?" (OLIVEIRA, 1997, p. 64).

Apesar de, em tese, poder escolher dispor do seu trabalho ou não, como seu proprietário, na prática, "a propriedade juridicamente afirmada do trabalhador sobre a sua própria força de trabalho era, de fato, desapropriada", sendo este o cerne do conceito de mais-valia (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2016, p. 66), como visto no capítulo 2.

Portanto, a liberdade reconhecida juridicamente retirava a liberdade de fato, pois as condições de trabalho eram fixadas pelo patrão nessa conjuntura espoliativa e desumana. Assim, já se propunha a substituição "do conceito de liberdade contratual pelo de justiça social". (OLIVEIRA, 1997, p. 64).

Por outro lado, a superexploração decorrente das manufaturas, maquinofaturas e agravada com a Revolução Industrial, que aumentava a cada dia o contraste e o abismo entre as classes sociais, fez surgir entre os trabalhadores, como visto no capítulo 1, a noção de solidariedade, fundada no reconhecimento da mesma situação fática opressora e na percepção da necessidade de união, para que pudessem buscar uma regulamentação mínima para o seu trabalho, como já visto.

A noção de soma, de união e de resistência entre os trabalhadores propiciou sua atuação coletiva, aspecto de suma importância para a "democratização do poder no espaço empresarial", o que, segundo Delgado:

> [...] expressa-se em três níveis diferenciados e obviamente combinados. De um lado, mediante o surgimento e afirmação da noção de "ser coletivo", como agente de atuação obreira no seio da empresa e no próprio âmbito societário mais amplo. De outro lado, mediante o surgimento e consolidação de uma normatividade jurídica estreitamente próxima à vontade coletiva capitaneada pelo ser coletivo. Por fim, através da intervenção franca dos trabalhadores no cotidiano sócio-econômico do estabelecimento e da empresa. (DELGADO, 1996, p. 154).

As lutas de classes, acontecidas no curso do século XIX, entre as quais destacam-se os movimentos luddista[44] e cartista, na Inglaterra, e as revoluções de 1848 e 1871, na França, e a de 1848, na Alemanha, clamando pela ação do Estado na regulamentação da vida econômica contribuíram para a formação de consciência entre os trabalhadores. (OLIVEIRA, 1997, p. 66-68).

Como registra Barros (2016, p. 52), "as causas originárias do intervencionismo encontram-se no aparecimento das massas, no surgimento de uma consciência coletiva e de um sentimento de solidariedade."

Mesmo no período em que "o liberalismo proibiu as uniões com espírito de classe ou proteção mútua", fase marcada pela proibição do Direito Sindical, iniciada com a Lei Chapelier, "o espírito de solidariedade e a tomada de consciência coletiva permitiram que se realizassem, mesmo clandestinamente, reuniões passageiras visando melhores condições de trabalho (coalizões)." (BARROS, 2016, p. 793).

A influência do marxismo, notadamente a publicação do Manifesto Comunista, de Karl Marx e Engels, em 1848, criticando as condições de trabalho da época e exigindo mudanças em benefício do mundo obreiro contribuiu para a sedimentação da consciência operária e organização dos movimentos sociais, potencializando a resistência operária.

A doutrina de Marx contribuiu para despertar a consciência coletiva nos trabalhadores e para que se intensificasse a pressão para que houvesse intervenção do Poder Público em relação à chamada questão social.[45]

As multidões espoliadas, oprimidas, sem lar, sem agasalhos, sem pão, sem a fé em Deus, que o infortúnio faz desaparecer do coração dos homens, começam a reagir, violentamente contra as injustiças sociais, já agora arregimentadas sob a bandeira do socialismo materialista, levando o Estado liberal ao dilema de reformar-se ou perecer. (MALUF, 1995, p. 131, grifo nosso).

As ideias lançadas no Manifesto Comunista ressoaram internacionalmente, como destaca Barros:

> Em 1864 constitui-se a Primeira Internacional (comunista), a Segunda (socialista), em 1869, e a Terceira (Leninista), em 1914. Após o término da Primeira Guerra Mundial, o direito de sindicalização surgiu concretamente no art. 427, II, do Tratado

[44] O movimento Luddista teve à sua frente Ned Ludd e atingiu o seu auge por volta de 1810-1812, em Nottingham, Inglaterra. Os trabalhadores reagiram contra a nova sociedade do trabalho quebrando máquinas e instalações industriais, a princípio, no setor de tecelagem de meias por causa da diminuição dos salários visando ao aumento da competitividade. (ANTUNES, 1985, p. 45).

[45] A questão social, em sentido estrito, se concentra, no mundo do trabalho, no conjunto de males que o afligem e nos remédios pra curá-los. No sentido amplo, abrange todos os problemas criados pela vida em sociedade. (CERQUEIRA, 1961, p. 327/329).

> de Versalhes, tanto para os assalariados como para os patrões, desde que não contrariassem as leis. (BARROS, 2016, p. 793).

A doutrina social da Igreja, representada na Encíclica *Rerum Novarum* (1891), de Leão XIII, e *Quadragesimo Anno* (1931) e *Divini Redemptores* (1931), de Pio XI, também encampava a preocupação com a questão social, condenava os excessos capitalistas, socialistas e comunistas e sustentava que o Estado deveria "intervir para fixar condições em favor de quem não conta com outra sorte de proteção" (BARROS, 2016, p. 51-52).

Também se destacam em tal período a autorregulação mediante normas coletivas obtidas por algumas entidades, que constitui traço peculiar do Direito do Trabalho.

Como explica Oliveira:

> antecipando-se à ação estatal, que tardou a chegar, algumas entidades corporativas, profissionais e econômicas, foram ajustando, para normatização dos seus interesses, verdadeiras normas coletivas de trabalho, trazendo paz, pelo menos momentaneamente, para as classes produtoras. (OLIVEIRA, 1997, p. 69).

Ainda, como ressalta Delgado:

> A geração de normas jurídicas é o marco distintivo do Direito Coletivo do Trabalho em todo o universo jurídico. Trata-se de um dos poucos segmentos do Direito que possui, em seu interior, essa aptidão, esse poder, que desde a Idade Moderna tende a se concentrar no Estado. A geração de regras jurídicas, que se distanciam em qualidades e poderes das meras cláusulas obrigacionais, dirigindo-se a normatizar os contratos de trabalho das respectivas bases representadas na negociação coletiva, é um marco de afirmação do segmento juscoletivo, que confere a ele papel econômico, social e político muito relevante na sociedade democrática. (DELGADO, 2008, p. 29).

Acerca da importância da atuação coletiva para a mudança do *status quo*, destaca-se a afirmação de Habermas (2000, p. 170), para quem, "como esfera privada, a sociedade só é colocada em questão quando as próprias forças sociais conquistam competências de autoridade pública."

Ante o conflito entre o coletivo e o individual, que ameaçava a estrutura da sociedade e sua estabilidade, fazia-se inadiável a criação de um direito novo para transpor "as muralhas do individualismo na sociedade burguesa", "dessacralizar o intocável direito de propriedade". (OLIVEIRA, 1997, p. 67).

As distorções do liberalismo político e econômico, associadas aos efeitos da Revolução Industrial, à formação de consciência operária e resistência e a outros fatores econômicos, sociais, filosóficos e políticos, são fundamentos que levaram ao surgimento e consolidação do Direito do Trabalho como ramo jurídico autônomo.

Constatando que o trabalhador, na aflitiva situação descrita, não dispunha de qualquer poder negocial ou instrumento de barganha nas relações com seus patrões (na verdade, seus algozes!), o Estado, cão de guarda do capitalismo, conforme se dizia à época, começou então a intervir para legislar sobre o assunto, impondo peias à liberdade de contratação. Estava iniciada a fase do dirigismo contratual referido por *Josserand*. (OLIVEIRA, 1997, p. 67).

2.2 O intervencionismo estatal: surgimento dos direitos de segunda dimensão e do Direito do Trabalho

No final do século XIX e início do século XX, delinearam-se as condições para a transição do Estado Liberal para o Estado Social, que recebeu esta última designação por se tratar de um paradigma que integra concepções com viés socializante, em contraposição e limitadoras do individualismo característico do paradigma anterior.

As ideias lançadas pelo iluminismo, a ética protestante, as transformações na base produtiva e a formação da nova ordem política contribuíram para a afirmação da subjetividade como centro das proposições. Essa mudança, associada à ideologia liberal e aos interesses do capitalismo que ganhava forças e se alastrava, desembocou no movimento de reconhecimento dos chamados direitos fundamentais (a partir do final do século XVIII), a princípio, voltados a resguardar e assegurar direitos civis e políticos.

Dessa matriz, sob o paradigma do Estado Liberal de Direito, surgiu o direto privado e foi delineada a fisionomia do Direito Civil, que tem na sua gênese o resguardo à autonomia privada nas relações entre os indivíduos.

Com a inaptidão e impossibilidade de a matriz liberal manter a coesão na sociedade capitalista, na qual o conflito social se tornava mais ameaçador do *status quo*, associada também a outros fatores filosóficos, econômicos, políticos e sociológicos, erigiu-se a matriz social.

Contribuíram de forma essencial para esta transição as contradições decorrentes do próprio capitalismo e as distorções decorrentes daquele seu perfil liberal – principalmente principalmente por ter assegurado liberdade no plano meramente formal, associadas às lutas sociais e às concepções filosóficas desenvolvidas ao longo do século XIX, que passam a admitir o intervencionismo Estatal e “a imposição das práticas democráticas que, inclusive, modificam suas finalidades”. (SOUTO MAIOR, 2017).

No contexto de gradual integração do Estado com a sociedade civil e a crescente noção do social, do coletivo, o Estado Social Moderno chama para si duas funções primordiais: promotor ativo do bem e garantidor da justiça social.

O desempenho dessas funções exigiu que ao Estado fossem atribuídos poderes de intervenção, possibilitando até mesmo que, em nome do interesse coletivo, limitasse a livre iniciativa dos indivíduos.

Diante disso e em decorrência do dinamismo e da complexidade das relações sociais, teve continuidade o processo de afirmação e de reconhecimento de direitos, naquele momento, sob a perspectiva social, na direção dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Como explica Souto Maior acerca do contexto em que se deram tais mudanças:

> O movimento nessa direção ganha força ao final da Primeira Guerra Mundial, com as criações, em 1919, da Sociedade das Nações e da Organização Internacional do Trabalho, e se reforça, ao final da Segunda Guerra, em 1945, com a criação da Organização das Nações Unidas – ONU, à qual a OIT foi integrada como uma de suas agências permanentes, e, em 1948, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, inclusive, cunha a noção de "família humana". (SOUTO MAIOR, 2017).

Com o fim da II Guerra, foi necessário que o Estado assumisse o papel de fomentador das atividades que restaram enfraquecidas e passasse a desempenhar um papel de maior destaque no cenário social.

Assim, no Estado de Direito Social, se destacam a supremacia do direito público e a construção de direitos de ordem pública, como são considerados os direitos de segunda dimensão.

Sob essa nova ordem ideológica, as Constituições passaram a enunciar os princípios fundamentais da nova sociedade civil.

No caso dos direitos fundamentais de segunda dimensão, é exigida uma atuação efetiva do Estado para concretizar a igualdade material entre as pessoas, notadamente, direitos de igualdade, direitos econômicos, culturais e sociais, inclusive, Direito do Trabalho.[46]

Souto Maior explica que:

---

[46] Como direitos de terceira dimensão, reconhecidos, principalmente, a partir do final da Segunda Guerra Mundial, são identificados os que se relacionam com os princípios da solidariedade ou fraternidade, protegendo interesses de titularidade coletiva ou difusa, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento; à autodeterminação dos povos, entre outros. Assim, se referem aos direitos atribuídos de forma geral todas as formações sociais, tendo como titulares, portanto, pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. (BONAVIDES, 2016, p. 584).
Há, ainda, autores que identificam outras dimensões de direitos.
Nessa linha, BONAVIDES (2016, p. 586) identifica como quarta dimensão os direitos decorrentes da globalização política, tais como, à democracia, à informação, ao pluralismo (político, religioso, jurídico e cultural), à normatização do patrimônio genético, reconhecidos, principalmente, a partir da década de 1960).
Paulo Bonavides (2016, p. 594) identifica o direito à paz entre os direitos fundamentais de quinta dimensão.

> [...] ao invés de se negar ao Estado uma atuação, exige-se dele que preste políticas públicas, tratando-se, portanto, de direitos positivos, impondo ao Estado uma obrigação de fazer, correspondendo aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social, assistência social etc. São direitos que impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar à população melhor qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Os primeiros documentos que representaram esta dimensão são a Constituição de Weimar na Alemanha e o tratado de Versalhes, ambos de 1919. (SOUTO MAIOR, 2017).

Em tal contexto é que se consolida o Direito do Trabalho como ramo jurídico autônomo.

No entanto, o assentamento nos ordenamentos jurídicos nacionais e transnacional de conquistas de direitos sociais com vistas a efetivar a dignidade humana, a justiça social e a cidadania, não se deu sem o acompanhamento e a vigilância do sistema capitalista.

Mesmo no contexto do Estado Social e nos países em que se erigiu o modelo de Estado de Bem-Estar Social, sempre foram preservados "os valores do individualismo, da liberdade contratual e da igualdade pressuposta, que permitiram, no conjunto, a proliferação da desigualdade material necessária para a formação e, depois, para a reprodução do capital." (SOUTO MAIOR, 2017).

Assim, a ideologia que permeia o paradigma do Estado Liberal não foi sepultada nem houve a superação do individualismo do Direito Civil clássico, que foi preservado como "reprodutor das concepções liberais e, de certo modo, como uma espécie de limitador das inspirações sociais dos demais ramos do Direito, chegando ao ponto, inclusive, de exercer pressão sobre as constituições sociais." (SOUTO MAIOR, 2017).

Souto Maior ressalta que:

> Essa situação se reforça, sobretudo, por conta do poder de influência dos Estados Unidos, onde os valores liberais nunca foram abalados, a não ser no curto espaço de tempo de vigência do *New Deal*, de 1933 a 1937, e que mantinha, desde o Plano Marshal, 1947, praticamente, sob a sua subordinação econômica os demais países europeus. (SOUTO MAIOR, 2017).

Além disso, vem ganhando força em todo o mundo, contemporaneamente, a vertente que propugna a prevalência do contrato sobre a lei e do negociado sobre o legislado tanto no âmbito da individual quanto coletivo da relação laboral. Tal tendência se objetivou no Brasil principalmente com a promulgação da Lei 13.467/17, que será objeto de análise nos capítulos 4 e 6.

2.3 O dirigismo contratual no Direito do Trabalho

Foram vários os fatores que levaram ao surgimento do Direito do Trabalho, todos no sentido de minimizar o desequilíbrio entre as forças em seu seio contrapostas, o que clamou pela presença reguladora e equalizadora do Estado, que se viu obrigado a tecer regras civilizatórias mínimas, de cunho imperativo (FARIA;NUNES, 2016), que regulam as relações laborais juntamente com as demais fontes formais, conforme será abordado no capítulo 5.

O dirigismo contratual se caracteriza pelo estabelecimento de normas pelo Estado para limitar a autonomia da vontade, pela regulação jurídica das relações de trabalho. O Estado:

> passou a interpor-se entre o querer dos contratantes, com o fim precípuo de frenar a insensibilidade dos patrões e suprir, de vantagens jurídicas, o que mais tarde Alejandro Gallart Folch chamou de hipossuficiência econômica do trabalhador. Desta forma, buscava o estado um equilíbrio ao menos teórico entre os sujeitos do contrato e arredava da sua apatia, deixando, então, de ser mero espectador do drama social para impor regras conformadoras da vontade dos contratantes. (OLIVEIRA, 1997, p. 68).

Como se viu, a fórmula concebida para melhor assegurar a proteção do empregado sem romper com o sistema capitalista foi a criação do Direito do Trabalho, com normas definidoras de um patamar mínimo de direitos e com limite à autonomia das partes, a partir de matriz distinta da do Direito Civil e sob o paradigma do Estado Social.

Foram estabelecidos patamares mínimos porque se reconheceu que mesmo no plano coletivo, o Estado também deveria estar presente, em consonância com a reflexão de Lacordaire: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta” (apud SÜSSEKIND et al., 2003, p. 36).

A partir de uma linha de pensamento que não cogite a superação do sistema capitalista e das suas características47, o dirigismo contratual; a intervenção do Estado nas relações laborais pode amenizar as condições em que se dava a exploração do trabalho por conta alheia.

Tomando-se como ponto de partida a desigualdade entre as partes, o Direito do Trabalho serve para criar vantagens jurídicas para a parte economicamente vulnerável na relação, com vistas a estabelecer um conjunto básico de direitos a ser cumprido pelo empregador, de forma a resguardar direitos de ordem pública.

Por outro lado, analisando a questão na perspectiva da ideologia que propugnava a revolução social e a superação do sistema capitalista, não há dúvidas de que o dirigismo atendia (e atende) à estratégia do capital para remodelar a exploração do trabalho por conta

[47] Cujas características mais marcantes são a distinção entre as classes sociais e a propriedade privada dos meios de produção e desigualdade.

alheia, fazendo concessões com vistas a dissipar a atmosfera de profunda insatisfação e revolta do proletariado que adquirira a consciência de classe, de soma, união e resistência.

A mudança de postura do Estado servia, pois, para demover as massas das ideias socialistas que avançavam e que poderiam levar à revolução.

Não se tratou de generosa outorga e reconhecimento pelos governantes. Foram forçados a transigir, a ceder os anéis para preservar os dedos. Tinham que dar uma solução política para evitar a conflagração. Afinal, havia também o fantasma do socialismo.

Na verdade, interessa mesmo ao sistema capitalista propagar a ideia de que o Direito do Trabalho foi uma outorga do Estado. Ao tratar como uma mera concessão ou dádiva, encobre o poder dos movimentos da classe trabalhadora no processo de lutas e conquistas de direitos.

Com essa estratégia, o capital consegue fomentar a retórica contemporânea, que fornece substrato para as reformas trabalhistas pelo mundo: se houve uma outorga e não conquista, os direitos sociais podem e devem ser retirados para o bem dos próprios trabalhadores em prol do progresso e do desenvolvimento econômico.

Tal aspecto se associa à divulgação da ideia da existência de uma "onda conservadora" contra a qual os indivíduos não podem lutar e como se o capitalismo fosse o "fim da história".48

Ao admitir a conquista de alguns direitos, o sistema fez parecer que poderia até não ser ruim e ajudou assim a redirecionar as reivindicações dos trabalhadores, que pouco a pouco deixam de ter como foco principal o questionamento do modo de produção em si, se referindo a melhorias pontuais dentro da estrutura laboral já existente.

Bihr (1998, p. 36) explica que "o modelo de desenvolvimento que o capitalismo ocidental pós-guerra seguiu foi fundamentalmente condicionado pelo compromisso entre burguesia e proletariado em que a precedente crise estrutural dos anos 30 e 40 desembocara."

Trata-se do chamado compromisso fordista, pelo qual o proletariado aceita as novas formas de dominação capitalistas, o conjunto de transformações das condições de trabalho, renunciando à luta revolucionária pela transformação comunista da sociedade e à contestação à legitimidade do poder da classe dominante. Em contrapartida, passa a ter a seguridade social e a satisfação de seus interesses de classe mais imediatos e mais vitais, na perspectiva de sair

[48] A expressão se refere à tradução da original: "The End of History?", utilizada por Francis Fukuyama em ensaio teórico publicado na revista *National Interest,* nos Estados Unidos, em 1989. No ensaio, Fukuyama aborda os sinais anunciadores do fim da Guerra Fria.

da miséria, da instabilidade, da opressão desenfreada, com acesso a direitos sociais que proporcionariam uma vida pelo menos suportável (aceitável). (BIHR, 1998, p. 36-38).

Acerca do papel do Estado, Bihr aponta que:

> Assim será toda a ambivalência da legalização do proletariado que o compromisso fordista tornará possível: o Estado proporcionará satisfação ou sustentação a algumas de suas reivindicações na exata medida em que isso lhe permitir melhor integrá-lo na sociedade civil e política e, portanto, melhor controlá-lo. (BIHR, 1998, p. 38).

Assim é que se verifica a "legalização do proletariado" (ocidental) e, consequentemente, sua neutralização pela burguesia enquanto ameaça real ao sistema capitalista. A satisfação das necessidades do proletariado se daria na medida do necessário para a sua integração na sociedade civil e política, para melhor controlá-lo, pois, assim, integrado, ainda que minimamente, perde sua negatividade de "classe da sociedade civil que não é uma classe sociedade civil." (MARX apud BIHR, 1998, p. 38).

Com isso, o proletariado perde a sua identidade revolucionária e passa a acreditar que tem algo a perder em caso de superação do sistema capitalismo, se distanciando do potencial de transformação da sociedade idealizado por Marx.[49]

No mesmo sentido, Hazan ressalta a ambivalência do Direito do Trabalho tanto no âmbito individual quanto no coletivo:

> a normatização trabalhista heterônoma, apesar de ter sido impulsionada pela atuação reivindicatória e normativa autônoma das entidades sindicais, implicava (e até hoje implica) o controle do Estado capitalista sobre a classe trabalhadora por meio do direito. Tem-se, assim, que o surgimento do Direito do Trabalho – que acabou por materializar a "*legalização da classe operária*" (BIHR, 1998, p. 38) – representou, ao mesmo tempo, uma vitória social expressiva e uma derrota política para os trabalhadores: Claro, as condições de trabalho haviam melhorado; certamente, a classe operária vivia melhor, mas o preço a pagar havia sido o abandono de qualquer ambição revolucionária, de qualquer vontade de abater o capitalismo e de tomar para si os meios de produção. A oposição capital/trabalho havia se renovado numa aliança capital/trabalho, em compromisso. E o instrumento privilegiado desse comprometimento havia sido o direito. (HAZAN, 2018, p. 59).

Ademais, a partir das características do próprio modo de produção capitalista, constata-se que o dirigismo contratual também decorreu da necessidade de conservar a viabilidade do próprio sistema, no qual é indispensável o consumo, o que não existiria caso o proletariado fosse formado por miseráveis superexplorados.

---

[49] Esse aspecto é essencial para compreender as dificuldades e os desafios que os sindicatos vivenciam contemporaneamente no Brasil, notadamente, a partir da Lei 13.467/17, que assenta a diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado.

Assim, o surgimento dos direitos de segunda dimensão e do Direito do Trabalho é marcado por esse traço relevante de ambivalência: é fruto de conquistas e concessões; de resistência, mas também atendia (e atende) os interesses do sistema.

O Direito do Trabalho serve ao sistema capitalista, que não se sustentaria sem aquele. **Houve o assentamento de algumas premissas pelo próprio sistema capitalista. Daí as normas de ordem pública, que se tornaram partes essenciais tanto no plano do direito individual do trabalho quanto no do direito coletivo.**

Portanto, a relação de emprego não é uma relação estritamente privada como outras relações entre os indivíduos na sociedade, pois nela não atuam apenas empregado e empregador, mas também os entes coletivos e o Estado, haja vista o desnível econômico existente entre as partes. Assim, há conjugação de forças e de poder envolvendo o bem comum, qual seja: prevalência do público sobre o privado, em prol da igualdade e tentativa de amenizar os efeitos da disparidade existente entre empregador e empregado. (FARIA; NUNES, 2016).

Inicialmente, "esse intervencionismo teve um caráter jusnaturalista humanitário, de proteção ao débil e ao oprimido, de fundo bem mais filosófico do que teleológico", sendo que "em meados do século XIX, com o surgimento da força operária, apoiada por suas organizações profissionais, o intervencionismo estatal entra na sua fase política". (PÉREZ LEÑERO apud BARROS, 2016, p. 52).

Outro fator que aparece na evolução histórica do intervencionismo é "o caráter internacional dos movimentos obreiros". (PÉREZ LEÑERO apud BARROS, 2016, p. 52)

Após a fase de formação, de intensificação e de autonomia, o Direito do Trabalho não parou de se desenvolver. Verificou-se a formação de um eixo normativo que se fundamenta e se consolida em diferentes níveis, conforme evidenciado no item a seguir. Tal eixo deve orientar a busca pela efetivação da dignidade humana, mediante redução das desigualdades e concretização da justiça social, em que pese a ambivalência característca desse ramo jurídico, como se será abordado nos capítulos 4 e 6 adiante.

2.3.1 Ordenamento jurídico laboral e seus níveis de normatividade

Como já exposto (no capítulo 1 e no item retro), a vida em sociedade exige a busca pelo equilíbrio entre poder e liberdade para que se mantenha a harmonia e coesão do grupo social, o que se faz pela imposição de limites à conduta dos indivíduos.

Nesse sentido, a história demonstra que a criação das superestruturas, como o Estado e o Direito, se deu para administrar os conflitos sociais, limitando as liberdades individuais para reproduzir padrões de conduta adotados como regra geral.

A partir de uma série de fatores históricos, sociológicos, econômicos, políticos e filosóficos, dentre os quais se destacam a Revolução Industrial, a Revolução Francesa, as distorções decorrentes do liberalismo e a atuação coletiva dos oprimidos no sistema capitalista (tanto por meio da autorregulamentação quanto das greves) se intensificou o movimento de reconhecimento de direitos considerados fundamentais. Tais fatores deram ensejo ao "constitucionalismo social"[50], que representou a incorporação dos direitos sociais nas constituições de alguns países, em prol da defesa da dignidade humana, com transição do Estado Liberal para o Estado Social do século XX.

Com os pós-guerras mundiais e diante das barbáries cometidas através dos sistemas positivistas, em nível internacional, foram criadas a Organização Internacional do Trabalho (em 1919) e as normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos, as quais procuram estabelecer um patamar mínimo de direitos voltados à garantia da vida conforme a dignidade humana.

Tais aspectos favoreceram a elevação da dignidade das pessoas ao centro de todo o ordenamento jurídico, com a constitucionalização de direitos essenciais à sobrevivência do ser humano como direitos fundamentais.

Esse fenômeno, decorre, entre outros fatores, da luta dos povos pela liberdade e igualdade, que consubstancia uma forte carga histórica da qual se originou um conjunto de princípios. Tais postulados ensejaram a **construção de um sistema jurídico trabalhista dotado de normas com razoável caráter universal que emanam de fontes autônomas e heterônomas, em diversos níveis de proteção, formando uma densa estrutura que compõe o ordenamento jurídico trabalhista, garantido no âmbito interno e no âmbito transnacional e que eleva o Direito do Trabalho ao patamar de ciência jurídica**.

De modo geral, a partir do texto das constituições se identificam as normas (englobando princípios e regras) convergentes com as fontes internacionais, que as densificam e compõem o ordenamento jurídico trabalhista. Tais normas consagram o eixo axiológico

[50] A Constituição do México (1917) foi a primeira a contemplar direitos sociais e a positivá-los como direitos fundamentais (o art. 123 contém trinta incisos sobre direitos trabalhista e previdenciários); "com isso, deslegitimou 'as práticas de exploração mercantil do trabalho [...] e da pessoa humana [...]'" (COMPARATO, 2001, p. 187) e MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. MÉXICO, 1917.

norteador tanto o processo de elaboração das fontes normativas quanto de sua interpretação para aplicação ao caso concreto, como será objeto do capítulo 5.

2.3.2 Fundamentos do Direito do Trabalho brasileiro na Constituição da República de 1988

No contexto em que se deu a elevação da dignidade das pessoas ao centro de todo o ordenamento jurídico, verificou-se a constitucionalização do Direito do Trabalho, passando a Constituição da República a ser sua fonte por excelência, elevando os direitos trabalhistas a um patamar diferenciado, ao de direitos fundamentais. Justamente por isso é que os direitos sociais trabalhistas ostentam caráter de cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda constitucional, como se constata a partir do disposto no artigo 60, §4º, IV, da Constituição de 1988 (DELGADO, 2015, p. 32) e será abordado no capítulo 5.

A Constituição brasileira[51], promulgada em 5 de outubro de 1988, é pautada pela lógica do direito social. Foi chamada de "Constituição-cidadã", o que "deveu-se à restituição ou ao resgate que em seu texto se fez da ampla cidadania e dos direitos fundamentais, estando isso nitidamente evidenciado pelo destaque que deu à matéria". (BESTER apud SIMM, 2005, p. 1287),

Jorge Luiz Souto Maior e Marcus Orione Gonçalves Correia explicam que direito social deve ser entendido como:

> [...] regra de caráter transcendental, que impõe valores à sociedade e, conseqüentemente, a todo ordenamento jurídico. E que valores são estes? Os valores são: a *solidariedade* (como responsabilidade social de caráter obrigacional), a *justiça social* (como conseqüência da necessária política de distribuição dos recursos econômicos e culturais produzidos pelo sistema), e a *proteção da dignidade humana* (como forma de impedir que os interesses econômicos suplantem a necessária respeitabilidade à condição humana). [...]
>
> O Direito Social, portanto, não apenas se apresenta como um regulador das relações sociais; ele busca promover, em concreto, o bem-estar social, valendo-se do caráter obrigacional do Direito e da força coercitiva do Estado. (CORREIA; MAIOR, 2007, p. 26).

[51] No Brasil, a constitucionalização e a consolidação dos direitos fundamentais se deram de forma lenta e gradativa, sendo permeadas por avanços e retrocessos, refletindo a evolução histórica do País.
Gabriela Neves Delgado destaca que a Constituição Federal de 1934 "apresentou várias inovações, principalmente no tocante ao surgimento de leis referentes aos diretos sociais [...]" e introduziu "normas jurídicas referentes à ordem econômica e social, apesar de a maioria delas ainda se revestirem de caráter programático". (DELGADO, 2006, p. 74).
No período que se seguiu, desde 1935, com o Estado de Sítio decretado por Getúlio Vargas, até 1946, apesar da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, não houve avanços no campo dos direitos fundamentais.
A Constituição de 1946, "cuja finalidade principal foi a de restaurar a democracia representativa no País, rompendo com o autoritarismo da Carta Política anterior", foi a primeira "a dispor expressamente sobre a dignidade da pessoa humana". (DELGADO, 2006, p. 76).
No entanto, como destaca Gabriela Neves Delgado, "referiu-se à dignidade apenas quanto à dinâmica social do trabalho, afirmando que a todos deveria ser assegurado trabalho que possibilitasse a existência digna. A referência à dignidade não lhe conferia, portanto, a condição de fundamento ou princípio vinculante de todo o sistema jurídico, político e social do País." (DELGADO, 2006, p. 76).

Consta no artigo 1º da Constituição que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

O necessário equilíbrio entre os dois últimos fundamentos é expresso no artigo 170[52] do diploma constitucional, que determina que ambos fundam a ordem econômica, voltada a assegurar a existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social e considerando-se o princípio da função social da propriedade.[53]

A ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (artigo 193 da Constituição de 1988).[54]

Assim, diante do compromisso com tais fundamentos e com os direitos humanos[55] é que devem ser buscados os objetivos da República, enunciados no artigo 3º da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos e discriminação.

Tais objetivos somente se concretizam na medida em que são efetivados os direitos sociais elencados no artigo 6º, dentre os quais se destaca o direito ao trabalho, ao lado de educação, saúde, alimentação, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Por sua vez, o artigo 7º enumera, de forma não exaustiva, direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

---

[52] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; [...]

[53] Acerca da função social da propriedade, o art. 186 da Constituição dispõe:
Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
I - aproveitamento racional e adequado;
II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.[...]

[54] Dispõe o artigo 193 da Constituição de 1988:
Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

[55] Conforme enunciado no artigo 4º do diploma constitucional: Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
[...]
II - prevalência dos direitos humanos; [...]

Em consonância com o que enunciam o Preâmbulo[56] e o artigo 1º da Constituição de 1988, Delgado destaca que "[...] no Estado Democrático de Direito o homem é o centro convergente de direitos. Dessa forma, todos os direitos fundamentais do homem deverão orientar-se pelo valor-fonte da dignidade". (DELGADO, 2006, p. 51).

Nascimento (2006, p. 75) destaca o conceito sustentado por Karl Larenz, que considera que a noção de dignidade humana traduz a "prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência e de fruir de um âmbito existencial próprio".

Delgado (2004, p. 41) destaca que foi pioneira e de grande impacto cultural a referência à dignidade humana como "base da liberdade, da justiça e da paz [...]", feita na *Declaração Universal de Direitos do Homem*, de 10.12.1948, e que, a partir de então, tomando como marco a Segunda Guerra Mundial, o princípio "passaria a compor o núcleo basilar de grande parte das constituições democráticas constituídas".

Lima explica que o princípio da dignidade humana cumpre três funções, dentre as quais identifica uma função de caráter político-organizacional do Estado, "pois impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal, para tornar eficaz a dignidade do indivíduo". Também identifica a função que implica a proibição de condutas atentatórias à essência da pessoa humana e, por fim, a função de orientação da interpretação e da integração do ordenamento jurídico. (LIMA, 2006, p. 35).

Dada a sua importância e seus efeitos vinculantes em relação a todo o Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana também compõe o que Delgado denominou de "princípios constitucionais do trabalho"[57], ao se referir a um grupo de "diretrizes afirmatórias do trabalho humano na ordem jurídico-cultural brasileira", que se subdivide em outros três princípios além deste: "o da valorização do trabalho, em especial do emprego; o da justiça social; o da submissão da propriedade à sua função socioambiental." (DELGADO, 2004, p. 32-34).

---

[56]Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

[57] Não obstante adotar expressão que parece limitar os efeitos de tais proposições aos ramo juslaboral, o autor reconhece que os princípios "da justiça social, submissão da propriedade à sua função socioambiental e dignidade da pessoa humana não concentram efeitos exclusivamente ou essencialmente apenas no plano trabalhista, uma vez que espraiam repercussões para múltiplas searas jurídicas, econômicas, socais e culturais". (DELGADO, 2004, p. 33).

O autor explica que tais princípios fazem parte do próprio "núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição" (DELGADO, 2004, p. 33), que constituem diretrizes que conferem a noção de sistema e coerência ao ordenamento jurídico.

Lima sustenta:

> O referido princípio assume tal condição de princípio fundamental por estar muito próximo a uma idéia natural de justiça humana consagrada nas declarações e pactos internacionais de direitos humanos. Reflete, também, elevado grau de abstração, pois não se trata de norma essencialmente determinada, mas aberta, vindo a concentrar e fundamentar todos os direitos fundamentais, tanto em uma função diretiva como uma função fecundante. (LIMA, 2006, p. 34).

Ao assegurar a dignidade humana, o ordenamento jurídico constrói um feixe de direitos fundamentais que visam garantir o mínimo necessário para atender as necessidades da pessoa.

Nesse sentido, Barros explica:

> O caráter genérico da dignidade torna fecunda as manifestações do direito à igualdade, à proteção da identidade, à integridade física e moral, à liberdade, à segurança e à auto-determinação política. A esses direitos, que constituem, segundo alguns autores, o conteúdo da dignidade humana, se inclui a garantia de um **mínimo vital de subsistência**, imprescindível no Estado Democrático de Direito. (BARROS, 2007, p. 187).

Acerca da interrelação entre o princípio da dignidade humana e da valorização social do trabalho, Delgado explica que a maioria dos indivíduos se mantém e se afirma, na desigual sociedade capitalista, essencialmente, por meio de sua atividade laborativa. (DELGADO, 2004, p. 32).

Ressaltando a importância da valorização do trabalho na sociedade como meio de "afirmação do ser humano, quer no plano de sua própria individualidade, quer no plano de sua inserção familiar e social", o autor pontua que:

> [...] detectou a Constituição que o trabalho, em especial o regulado, assecuratório de certo patamar de garantias ao obreiro, é o mais importante veículo (senão o único) de afirmação comunitária da maioria dos seres humanos que compõem a atual sociedade capitalista, sendo, desse modo, um dos mais relevantes (senão o maior deles) instrumentos de afirmação da Democracia na vida social. (DELGADO, 2004, p. 32-33).

Reconhecendo essa ampla conexão do princípio da dignidade humana com os direitos do empregado no âmbito da relação de emprego, Ruprecht afirma que tal princípio pode ser considerado como efetivamente princípio do Direito do Trabalho, que "baseia-se na humanização do trabalho ao considerar o trabalhador como ser humano e não como mercadoria ou elemento da produção". (RUPRECHT, 1995, p. 38).

O **princípio do valor social do trabalho** traduz a ideia de valorização do trabalho da pessoa, no sentido de assegurar condições dignas de realização do trabalho e que este seja capaz de possibilitar a subsistência digna do trabalhador enquanto indivíduo.

Lima destaca o entendimento de Alexy, no sentido de que:

> [...] os direitos trabalhistas integrantes dos direitos sociais em nossa Carta Política assumem clara identidade de direitos fundamentais. Tal natureza é facilmente constatável na Lei Maior, quando o capítulo II, relativo aos direitos sociais, se encontra inserido no título II, relativo aos direitos e garantias fundamentais. Apenas esclarece o referido jurista que, ao invés de serem concedidos na forma de uma ação positiva do Estado, são direitos fundamentais que visam a uma redistribuição direta da renda à custa dos empregadores. A vertente da dignidade da pessoa humana que impõe uma conduta positiva inversa à da clássica abstenção liberal para tornar eficaz a dignidade do indivíduo, aqui se revela. Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana compreende também os direitos trabalhistas, na medida em que abrangem, no expresso dizer da Carta Política no *caput* do art. 7º, direitos que *visem à melhoria de sua condição social*, para atingir o estágio de amplo desenvolvimento da personalidade humana. (ALEXY, Robert. *apud* LIMA, 2006, p. 36).

Nascimento ressalta que esses direitos:

> [...] na esfera das relações de trabalho, têm como fundamento a necessidade de garantia de um mínimo ético, que deve ser preservado nos ordenamentos jurídicos das relações de trabalho, como forma de organização jurídico-moral da sociedade quanto à vida, à saúde, a integridade física, à personalidade e a outros bens jurídicos valiosos para a defesa da liberdade e a integração dos trabalhadores na sociedade e perante o empregador. (NASCIMENTO, 2006, p. 71).

Assim, o princípio da valorização social do trabalho pode ser considerado como uma das facetas do princípio da dignidade humana, sendo também um *valor fundamental*, um dos pilares que norteia o ordenamento jurídico, sendo expressa sua interação com a ordem social (artigo 193 da Constituição de 1988).

Nesse sentido, conforme destaca Branco, o valor social do trabalho abarca:

> [...] tanto a dimensão do direito a manter a vida humana por meio da sobrevivência oportunizada por esse mesmo trabalho, como também a dimensão de dever, uma vez que a sociedade necessita da contribuição de todos para o seu adequado funcionamento e para a harmonização social, **é inevitável que tal princípio seja disseminado como eixo condutor de atos e de contratos pactuados tanto entre particulares quanto pelo Poder Público e, ainda, na interação das instâncias**. (BRANCO, 2007, p. 62).

O valor fundamental da dignidade humana e, especificamente, o valor social do trabalho também norteiam a interpretação dos demais princípios constitucionais, como é o caso do princípio da livre iniciativa. Isso se evidencia pelo fato de também estar o princípio do valor social do trabalho expresso no artigo 170 da Constituição de 1988, relativo à Ordem Econômica e Financeira. Daí porque se pode considerar que o princípio da busca pelo pleno

emprego é um desdobramento do princípio do valor social do trabalho. (BRANCO, 2007, p. 63).

Assim, à luz dessa interpretação sistêmica, que tem como eixo a dignidade humana e o valor social do trabalho, cujo fundamento se aproxima do direito fundamental à igualdade (*caput* do artigo 5º da Constituição de 1988), é possível harmonizar tais princípios com o da **livre iniciativa**, que, segundo Branco (2007, p. 72), "apresenta-se como corolário natural do direito fundamental à liberdade (incisos II, XIII e XVII do art.5º)".

A perspectiva de que o princípio da dignidade humana é detentor de um "caráter normativo e vinculante" (SARLET, 2007, p. 32) torna viável que "no Estado Democrático de Direito nacional, ideais liberais e sociais convivam calcados, mutuamente, na necessidade de equilíbrio e de viabilização do próprio sistema". (BRANCO, 2007, p. 73)

Nesse sentido, Silva pondera:

> A Constituição declara que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Que significa isso? Em primeiro lugar quer dizer precisamente que a Constituição consagra uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem o sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV). (SILVA apud BRANCO, 2007, p. 73).

O **princípio da justiça social**, segundo Delgado (2004, p. 38), "dispõe que, independentemente das aptidões, talentos e virtudes individualizadas, cabe às pessoas humanas acesso a utilidades essenciais existentes na comunidade".

A leitura feita pelo autor indica que a ideia de justiça social funciona como um contraponto ao interesse individual que norteia o funcionamento do mercado na sociedade capitalista, pois considera que referido princípio é "fórmula sintetizadora das diversas concepções que se opõem à regência exclusiva do mercado econômico na realização individual, material e social das pessoas". (DELGADO, 2004, p. 38)

A noção trazida pelo referido princípio está presente no artigo 1º da Constituição da República, que o reconhece como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Também consta no artigo 3º (incisos I e III), que define como objetivos fundamentais da República "construir uma sociedade justa e solidária" e "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais". Além disso, o artigo 5º (inciso XXIII) determina que o direito de propriedade se submete à função social.

A relação entre **propriedade e função social**, valores associados a pretensões individual e social, respectivamente, pode ser considerada outro exemplo de harmonização entre ideias aparentemente inconciliáveis.

O princípio da função social (e ambiental[58]) da propriedade consiste na ideia de que:

> [...] na mesma medida em que é garantido o direito de propriedade ao indivíduo ou organização (inciso XXII do art. 5º), também se exige que ele cumpra com sua função social (inciso XIII do art. 5º), ou seja, que referida propriedade privada seja um instrumento em prol do bem comum na visão mais holística possível [...]. (BRANCO, 2007, p. 77).

A noção de que o direito de propriedade é apenas um instrumento que deve se submeter ao valor fundamental da dignidade humana e, especificamente, ao interesse social também está presente na concepção de Bessa, que considera que a propriedade, como direito fundamental, "'se presta especialmente a atender às necessidades daqueles que ainda não tiveram concretizados esse direito', motivo pelo qual deve ser compreendido como um 'direito-meio'[...]". (BESSA, 2003, p. 52).

A mesma ideia é exposta por alguns doutrinadores como fundamento de existência do chamado "princípio da função social da empresa". Nessa linha, Branco sustenta:

> Não há dúvidas, pois, de que, sendo a empresa [...] "a atividade economicamente organizada para a produção ou a circulação de bens e serviços" (Belmonte, 2004, p. 509), o empresário, seu sujeito de direito, ao exercer a atividade econômica (direito), deve fazê-lo de modo a estabelecer (dever) uma conexão, estreita e inseparável, entre a produção ou circulação de bens e serviços e a função social, de forma a viabilizar uma convivência harmônica e razoável entre os mais distintos interesses envolvidos (proprietário, trabalhador, consumidor, empresas concorrentes, sociedade civil, Estado, etc.) e de maneira a – em especial na esfera do Direito do Trabalho – gerar a circulação de riquezas e a proteção da relação de emprego, em respeito ao Princípio Constitucional Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana. (BRANCO, 2007, p. 80).

Diante de tais considerações, é inegável que o trabalho "traduz-se em princípio, fundamento, valor e direito social", como ressalta Delgado (2004, p. 34), que também ressalta que a "centralidade do trabalho na vida pessoal e comunitária da ampla maioria das pessoas humanas é percebida pela Carta Magna, que [...] erigiu-a como um dos pilares de estruturação da ordem econômica, social e, por consequência, cultural do país".

Na Constituição de 1988, o capital e o trabalho são declarados fatores de desenvolvimento, o que evidencia a essencialidade de viabilizar que as pessoas tenham capacidade de autossustentação e de serem realizadoras, o que pode ser proporcionado pelo trabalho. Assim, "cabe ao Estado, com a participação de todos nós, a promoção do equilíbrio

[58] Conforme acrescenta DELGADO, 2004, p. 38.

social, minimizando os impactos decorrentes da desigualdade" para com a realização do direito ao trabalho decente (art. 6º, da Constituição de 1988). (EÇA, 2016. p. 84).

Diante das bases assentadas constitucionalmente, norteiam o Estado Democrático de Direito brasileiro o princípio da vedação ao retrocesso social e os princípios da progressividade e da socialidade, como se constata a partir do disposto nos artigos 7º, *caput*, 170, 186 e 193 da Constituição de 1988.

O princípio da vedação de retrocesso ou *"princípio da irreversibilidade"* é corolário do princípio da progressividade e se refere à "impossibilidade jurídica de que se reduza a proteção já assegurada aos trabalhadores por normas anteriores", como consequência do critério de "conservação ou não derrogação do regime mais favorável para o trabalhador". (BARBAGELATA, 2014, p. 246).

A vedação à desconstrução de direitos e de garantias fundamentais decorre não apenas da primeira parte do *caput* do artigo 7º da Constituição de 1988, mas, também e principalmente, da conexão essencial entre a concretização de tais direitos e a efetivação da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, da cidadania.

Na medida em que a tutela dos bens jurídicos não se dá de forma estática, haja vista a parte final do *caput* do mesmo artigo 7º da Constituição de 1988 estabelecer o comando para a busca da melhoria da condição social da pessoa que trabalha, é que se constata o direcionamento progressista da proteção assegurada.

Portanto, não basta a vedação ao retrocesso social, sendo ainda mais importante a progressão dos direitos.

Como explica Uriarte:

> [...] uma política efetivamente progressista implicará no desenvolvimento da revalorização da relação individual de trabalho: evitando a instabilidade do emprego; a formação profissional; a qualidade do emprego; a proteção dos trabalhadores demitidos e/ou informais: com a aplicação dos princípios inerentes aos trabalhadores empregados, ou seja, a primazia da realidade e a irrenunciabilidade de direitos. (URIARTE, 2007, p. 95).

Constata-se, pois, que no Estado Democrático de Direito são asseguradas a propriedade privada e a livre iniciativa, mas em equilíbrio com a valorização social do trabalho, com vistas a efetivar, com dignidade, os objetivos definidos no artigo 3º da Constituição: construção de uma sociedade livre justa e solidária; garantia de desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais; e promoção do bem de todos.

Assim, existe um compromisso de que o desenvolvimento econômico seja buscado e se dê de forma socialmente sustentável.

Trata-se de uma diretriz que exige a atuação afirmativa do Estado no sentido de adotar medidas concretas para a efetivação de tais direitos e para estabelecer condições que permitam que os atores sociais construam relações mais equilibradas e em consonância com as prescrições do ordenamento jurídico trabalhista, que vai além das normas internas.

As normas internacionais também consagram o princípio da progressividade de direitos. Além dessas bases normativas que devem ser utilizadas para ocupar o Direito com interpretações contrárias à precarização das condições de trabalho e ao desmanche dos direitos fundamentais, as normas internacionais caminham no mesmo sentido.

Sarlet ressalta, em relação aos direitos sociais:

> a previsão expressa de um **dever de progressiva realização** contido em cláusulas vinculativas de direito internacional (como é o caso do pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pela ampla maioria dos Estados latino-americanos, igualmente vinculados pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de São Salvador, que, por sua vez, complementa a Convenção Americana ao dispor sobre os direitos sociais), poder-se-á afirmar que pelo menos tanto quanto proteger o pouco que há em termos de direitos sociais efetivos, há que priorizar o dever de progressiva implantação de tais direitos e de ampliação de uma cidadania inclusiva. Com efeito, **progresso, aqui compreendido na perspectiva de um dever de desenvolvimento sustentável, necessariamente conciliando os eixos econômico, social e ambiental**, segue sendo possivelmente o maior desafio [...] especialmente para Estados Constitucionais tidos como periféricos ou em fase de desenvolvimento. (SARLET, 2014, p. 178).

2.3.3 Ordem jurídica internacional e Direito do Trabalho

Como exposto, entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, verificou-se a elevação da dignidade da pessoa ao centro dos ordenamentos jurídicos e a constitucionalização de direitos essenciais à sobrevivência do ser humano como direitos fundamentais.

Além disso, a doutrina dos direitos fundamentais do homem projetou-se, depois das duas guerras mundiais para o campo internacional, a ponto de configurar o que Mandelsam chamou de *direito comum da humanidade*. (MANDELSAM apud MALUF, 1995, p. 212).

Os direitos humanos se referem “às posições jurídicas reconhecidas ao ser humano como tal” e dizem respeito às condições de vida, dignidade, liberdade e igualdade de todas as pessoas, independentemente de raça, cor, sexo, origem, nacionalidade, estado civil, religião crença ou quaisquer outras situações ou condições. (SARLET, 2006, p. 35-37).

Leite ressalta que os direitos humanos são:

> [...] direitos morais, porque tal fundamentação ética tem por objeto a efetivação dos princípios da dignidade, da liberdade, da igualdade e da solidariedade, conciliando assim, as formulações dos jusnaturalistas, juspositivas e jusrealistas, pois, como diz Bobbio, o problema não é justificá-los, e sim garanti-los. Trata-se de um problema não apenas jurídico, como também filosófico e político. (LEITE, 2011, p. 39).

Diante disso, constata-se que o direito ao trabalho, assim como os direitos sociais dos trabalhadores, são espécies do gênero direitos humanos, tal como enunciado nos artigos. 6º e 8º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Os direitos humanos têm a dignidade humana como ponto de partida (o reconhecimento do valor inerente a toda pessoa humana) e de chegada (a realização de condições materiais sem as quais este valor não se apresentará na realidade concreta. (ALMEIDA, 2016a, p. 118).

Sob a perspectiva dos direitos humanos é possível, inclusive, extrair um novo conjunto de princípios[59] que se somam aos princípios constitucionais e clássicos do Direito do Trabalho e conferem substrato que permite constatar que, contemporaneamente, este ramo jurídico continua sendo de suma importância.

Tanto os Direitos Humanos quanto o Direito do Trabalho representam processos de luta pela dignidade humana, como enfatizam Almeida e Nunes (2018, p. 60) e tem como ideal vinculativo a "conotação de resguardo". (SOARES, 2016, p. 29).

No âmbito internacional, "na seara do direito do trabalho, a proteção à pessoa do trabalhador começou a ser alinhavada com maior nitidez e proeminência no preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (1919)." (SOARES, 2016, p. 28).

No entanto, a interlocução entre a proteção ao trabalhador e os Direitos Humanos começou a se delinear muito tempo antes.

Malgrado as primeiras declarações consideradas marcos da universalização dos Direitos Humanos terem sido elaboradas em 1776, nos Estados Unidos (Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia e Declaração de Independência dos EUA), os antecedentes históricos de tais direitos surgiram muito antes[60] dos quais são exemplos: Código de Hamurabi (Mesopotâmia, 1694 a.C.); Código de Manu (Hinduísmo, 1300-800 a.C.); Lei das XII Tábuas (Roma, 450 a.C.), e, na história mais recente, a Magna Carta de João Sem Terra, de 1215, na Inglaterra.

---

59 Para maior aprofundamento sobre o tema: ALMEIDA, 2017, p. 137-143.

60 No chamado período axial (entre os séculos VII e II a.C.), "o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão", lançando-se, assim, "os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes". (COMPARATO, 2001, p. 11).

Seguiu-se, como fruto da Revolução Francesa, que teve pretensão de universalizar os princípios da liberdade, da igualdade e da fraternidade, a publicação, em 1789, da Declaração (francesa) dos Direitos do Homem e do Cidadão.[61]

Em 1818, Robert Owen em 1818 (Aix-la-Chapelle) propôs que os governos da Europa estabelecessem um limite legal internacional da jornada laboral. Foi esta a primeira manifestação de que se tem registro visando o estabelecimento de uma legislação internacional com vistas a equilibrar o ônus da proteção social entre os países industrializados, concorrentes no comércio mundial.

Posteriormente, verificou-se o fenômeno do constitucionalismo, seguido de sua vertente "social"[62], que representou a incorporação dos direitos sociais nas principais Cartas de alguns países, em prol da defesa da dignidade humana, com transição do Estado Liberal para o Estado Social.

Concomitantemente a tal movimento, foi firmado, em 1919, o Tratado de Versalhes, que consagra princípios e valores que compõem a fisionomia tutelar do Direito do Trabalho, além de criar a Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Na letra a do art. 23 da Parte I[63] do referido Tratado é enunciada a necessidade de o Estado interferir na ordem econômica com a finalidade de estabelecer normas para assegurar condições equânimes e humanas de trabalho a homens, mulheres e crianças.

Para tanto, na segunda parte do capítulo XII, artigo 427, do mesmo Tratado foram fixados os seguintes princípios que devem nortear a intervenção dos Estados no que se refere à regulamentação das relações de mercado acerca dos direitos trabalhistas:

> O trabalho não pode ser considerado como simples mercadoria.
> Deve-se garantir o direito de associação tanto para trabalhadores quanto patrões.
> Deve-se garantir aos trabalhadores um salário que seja capaz de garantir-lhes um nível de vida condizente com o tempo e o país.
> Deve-se adotar a jornada de oito horas ou a semana de 48 horas.
> Adotar-se-á um período de repouso semanal de 24 horas, que deverá coincidir, sempre que possível, com o domingo.

---

[61] No entanto, não foi implementada a igualdade material nem a fraternidade. Mulheres, negros, operários e grupos sociais vulneráveis foram excluídos da declaração francesa, apesar do caráter universal desta, diferentemente das declarações anteriores.

[62] Como já ressaltado, a Constituição do México (1917) foi a primeira a contemplar direitos sociais e a positivá-los como direitos fundamentais (o art. 123 contém trinta incisos sobre direitos trabalhista e previdenciários); "com isso, deslegitimou 'as práticas de exploração mercantil do trabalho [...] e da pessoa humana [...]'." (COMPARATO, 2001, p. 187).

[63] [...] Art.23:
Sob reserva e em conformidade com as disposições das convenções internacionais atualmente existentes ou das que se concluírem ulteriormente, os Membros da Sociedade:
a) Esforçar-se-ão por assegurar e manter condições de trabalho equitativas e humanas para o homem, mulher e criança nos seus próprios territórios, assim como em todos os países aos quais se estendam as suas relações de comércio e indústria, e, nesse intuito, deverão criar e manter as organizações internacionais necessárias.

> Deverá ser suprimido o trabalho de crianças, e o trabalho dos jovens não deverá ser obstáculo à sua formação e educação.
> Para trabalho de igual deverá haver salário igual, sem distinção de sexo.
> As normas destinadas a reger as relações econômicas de trabalho deverão garantir a todos os trabalhadores residentes num país um tratamento equitativo.
> Estado deverá criar um serviço de inspeção para garantir a aplicação das leis que regem as relações de trabalho. [64]

Na mesma linha, a Declaração de Filadélfia, de 1944, "consagrando os fins e objetivos da OIT e os princípios que devem inspirar os Estados membros [...] propõe a necessidade de defender a pessoa humana" (FRANCO FILHO, 2016, p. 21), reafirmando, como constava no art. 427 do Tratado de Versalhes, que o trabalho não é uma mercadoria, além de, entre outras premissas, consagrar as liberdades de expressão e de associação como essenciais para o progresso sustentado da exploração do seu trabalho.

Destaca-se que a Constituição da OIT enuncia o princípio da vedação ao retrocesso social nos artigos 8º e 19, na medida em que veda que a adoção de uma convenção ou recomendação pela Conferência e que a ratificação de uma convenção por um Estado-membro possa prevalecer sobre condições mais favoráveis vigentes (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 173)

A partir de 1948, passou a haver a consagração tanto regional quanto global da proteção dos Direitos Humanos (FRANCO FILHO, 2016, p. 21), pois houve a promulgação[65] da Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH, que enuncia o compromisso de adoção de "medidas progressivas" para promover os direitos e liberdades das pessoas.

Tal documento constitui marco histórico no processo de consolidação, afirmação e internacionalização dos direitos da "pessoa humana"[66], e no qual consta que a liberdade, a igualdade e a fraternidade são o único meio de alcançar a justiça e a paz universais. (LEITE, 2011, p. 11)

Posteriormente, com vistas à operacionalização e aplicação prática da referida Declaração, foram editados outros dois tratados[67], em 1966: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

---

[64] FRANÇA. Tratado de Versalhes. Acordo internacional que determina os termos de paz na Europa depois da I Guerra Mundial. 1919. In FONSECA 2001, p. 223 e 224.

[65] Promulgada em 10/12/1948, por meio da Resolução nº 217 da ONU (criada em 1945, com o objetivo de manter a paz entre as nações pós II Guerra Mundial) na Terceira Assembleia-Geral. Também previu direitos dos trabalhadores. Nos seus artigos 23 e 24 diz que todo homem tem direito ao trabalho a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

[66] Em lugar de "homem", como constava na declaração francesa.

67Os tratados internacionais, regulados pela Convenção de Viena ou Lei dos Tratados, concluída em 1969, são acordos internacionais juridicamente obrigatórios e vinculantes (*pacta sunt servanda),* que podem criar novas regras, codificar ou modificar regras preexistentes consolidadas pelo costume internacional, e que constituem hoje a principal fonte de obrigação do Direito Internacional. (PIOVESAN, 2013. p. 105).

(PIDESC), no qual é reconhecido que o direito ao trabalho, assim como os direitos sociais dos trabalhadores, são direitos humanos (artigos 6º e 8º), bem como enunciados os princípios da vedação ao retrocesso social (artigo 5º, inciso 2)[68] e da progressividade (artigo 2º).[69]

Não obstante serem tais Pactos documentos de grande importância, sua criação não era indispensável, pois a força da Declaração Universal dos Direitos Humanos, "advém de sua conversão gradativa em norma consuetudinária, na perspectiva de que os Direitos Humanos correspondem aos costumes e aos princípios jurídicos internacionais, como exigências básicas de respeito à dignidade humana, e que, por isso mesmo, prescindem do querer estatal. (LEITE, 2011, p. 17).

Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos:

> [...] constitui conjunto de normas consuetudinárias que vinculam todos os Estados e todos os povos, contém 30 artigos, todos edificados com o propósito de reconhecer os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, bem como o direito ao desenvolvimento e os chamados **DIREITOS GLOBAIS**, como **autênticos direitos humanos, pois todos esses direitos encontram fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da igualdade e da fraternidade**. (LEITE, 2011, p. 18, grifo nosso).

Piovesan explica que a noção de *jus cogens* se refere à existência de "um universo de princípios que apresentam especial força obrigatória", ou seja, à existência de normas peremptórias, com respaldo nos artigos 53[70] e 64[71] da Convenção de Viena. O *jus cogens* ou ordem pública internacional corresponde ao "conjunto de bases mínimas da convivência internacional [...] da qual nenhum Estado e nenhuma pessoa pode fugir." (URIARTE, 2011, p. 139).

---

[68] "Artigo 5º.
[...]
2. Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau." [...]. (Adotada pela XXI Sesssão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 16/12/1966. Aprovada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/91, e promulgada pelo Decreto 592, de 9/7/1992. (CHAGAS e MIESSA, 2016, p. 441).

[69] "Artigo 2º.
1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas." [...]. (CHAGAS e MIESSA, 2016, p. 429).

[70] "Artigo 53. Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens)
É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza." (CHAGAS e MIESSA, 2016, p. 563).

[71] "Artigo 64. Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral (jus cogens).
Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 565).

Os documentos que compõem o *jus cogens* ou o sistema global de proteção dos direitos humanos são complementados por outros tratados sobre temas mais específicos e as convenções da Organização Internacional do Trabalho. Identificados esses como "tratados de direitos humanos sociais" (LEITE, 2011, p. 32), visam regular determinadas relações sociais, especialmente no terreno do Direito do Trabalho e do direito previdenciário.

Na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, foram declarados como princípios e objetivos fundamentais da OIT, relativos aos direitos humanos sociais, na esfera trabalhista: liberdade sindical; direito efetivo de negociação coletiva; eliminação do trabalho forçado e infantil e da discriminação em matéria de emprego.

Esses quatro direitos e princípios estão associados diretamente a oito Convenções, que passam a ser definidas como fundamentais. Dessa forma, todos os Estados Membros da OIT, por terem aderido à sua Constituição, são obrigados a respeitar esses direitos e princípios, havendo ou não ratificado tais Convenções: 87 (liberdade sindical e proteção aos direitos sindicais; não ratificada pelo Brasil); 98 (liberdade de sindicalização e de negociação coletiva); 29 e 105 (abolição do trabalho forçado); 100 (salário igual entre o homem e a mulher); 111 (não discriminação no emprego ou ocupação); 138 (idade mínima para o trabalho), e 182 (proibição das piores formas de trabalho infantil).

Além disso, a Organização Internacional do Trabalho consagra a socialidade, na medida em que reconhece que o crescimento econômico é necessário, mas também que é preciso um "amplo conjunto de intervenções políticas integradas e bem concebidas" para criar empregos produtivos e sustentáveis e promover a qualidade e a quantidade de emprego.[72]

Na declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho consta que "o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza", o que exige a adoção de "estratégia global de desenvolvimento econômico e social" e de "políticas econômicas e sociais [...] com vistas à criação de um desenvolvimento sustentável de ampla base".[73]

Sarlet também ressalta em relação aos direitos sociais

> [...] a previsão expressa de um **dever de progressiva realização** contido em cláusulas vinculativas de direito internacional (como é o caso do pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pela ampla maioria dos Estados latino-americanos, igualmente vinculados pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de São Salvador, que, por sua vez, complementa a

[72] OIT – guia para a Formulação de Políticas Nacionais de emprego. Departamento de Políticas e Empreg, 2013. ISBN web 978-92-2-826424-1. p. 19. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_214960.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

[73] OIT. Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho. 1998. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2016.

> Convenção Americana ao dispor sobre os direitos sociais), poder-se-á afirmar que pelo menos tanto quanto proteger o pouco que há em termos de direitos sociais efetivos, há que priorizar o dever de progressiva implantação de tais direitos e de ampliação de uma cidadania inclusiva. Com efeito, **progresso, aqui compreendido na perspectiva de um dever de desenvolvimento sustentável, necessariamente conciliando os eixos econômico, social e ambiental**, segue sendo possivelmente o maior desafio (...) especialmente para Estados Constitucionais tidos como periféricos ou em fase de desenvolvimento. (SARLET, 2014. p. 178).

Assim, é reconhecida a relação entre o desenvolvimento (objetivo fundamental da República) e o pleno emprego (previsto no art. 170, VIII, da Constituição).

Mais do que isso, na esteira do entendimento da OIT, o desenvolvimento econômico e social estão relacionados ao trabalho decente. O conceito de trabalho decente é indissociável de uma prática estatal e privada, voltada para a dignidade no trabalho, em sentido oposto ao da teoria da flexibilização, que defende o Estado Mínimo em prol dos interesses do capital, que marca o direcionamento das alterações promovidas pela reforma trabalhista no Brasil, dentre as quais se inclui a diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado.

Corroborando com esta interpretação e reforçando a confluência entre as fontes normativas nacionais e transnacionais no sentido de estabelecer direcionamento para que se efetivem condições dignas de trabalho e de vida, tem-se o princípio *pro homine*, consagrado na Convenção de Viena (artigos 26 e 27), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais (artigo 5º, inciso 2) e em outros documentos.

Como explicam Almeida e Almeida (2017, p. 174) "este princípio informa que, entre uma solução legislativa, administrativa ou judicial, que prestigia o capital e, outra, que prestigia a melhoria da condição humana do trabalhador, é esta que deve prevalecer."

O rol de direitos humanos dos trabalhadores forma o "pacto social", o qual, todavia, nem sempre é cumprido, razão pela qual são necessários "mecanismos judiciais e extrajudiciais, assim como nacionais, transnacionais e estrangeiros para fazer valer efetivamente estas importantes conquistas, o que também podem transcender as fronteiras e "favorecer a cidadania na aldeia global". (EÇA, 2016, p. 84-85).

Como afirma Piovesan, a "tutela dos direitos humanos se estabelece sobre três suportes jurídicos de proteção, complementares e interdependentes, estabelecidos notadamente por um critério de abrangência geográfica, quais sejam, global, regional e nacional". (PIOVESAN, 2016, p. 28).

No sistema americano, os marcos de destaque são a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), juntamente com a aprovação da Declaração Americana sobre os Direitos Humanos, em 1948.

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, documento mais importante deste sistema, no qual são enunciados os princípios *pro homine* (artigo 1º, inciso 1)[74], da progressividade (art. 26)75 e da vedação ao retrocesso social (art. 29).[76]

A essa Convenção somam-se outros documentos, com especial destaque para o Protocolo de São Salvador, que é protocolo adicional de direitos econômicos, sociais e culturais, com cláusulas mais expressivas do que as do PIDESC de 1966.

No artigo 4º do referido protocolo também se faz presente a ideia que consubstancia o princípio *pro homine*.

Ressalta-se, ainda, a "Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015, na qual é reconhecido que várias normas que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos integram o patrimônio jurídico da humanidade." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2016a, p. 118).

O suporte global "forma uma espécie de 'mínimo ético irredutível', constituído na ordem internacional"77, a ser "fortalecido e ampliado pelo sistema regional, conforme as particularidades de cada região e que, por sua vez, complementam o sistema nacional"". (ALMEIDA; ALMEIDA, 2016a, p. 122).

O conjunto normativo composto pelas normas constitucionais e fontes internacionais fornecem as bases teóricas que fundamentam o Direito do Trabalho.

Para a leitura e a aplicação de tais normas deve ser observado o diálogo das fontes (o que será objeto dos capítulos 5 e 6), inclusive para justificar a impossibilidade de prevalência

---

[74]**"Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos:**
1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 486).

[75]**"Artigo 26. Desenvolvimento progressivo:**
Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 492).

[76]**"Artigo 29. Normas de interpretação:**
Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:
a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
d.excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 493).

[77]com proeminência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Carta Mundial dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. (SOARES, 2016. p. 28).

da teoria da flexibilização e, notadamente, a ideia de prevalência do negociado sobre o legislado quando ensejar retrocesso ou impedir a progressividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais.

2.3.4 Princípios especiais do Direito do Trabalho

Barros define os princípios peculiares do Direito do Trabalho como "normas que inspiram o ordenamento jurídico-trabalhista, de acordo com critérios distintos não encontrados em outros ramos do Direito". (BARROS, 2007, p. 176).

Delgado explica que princípios especiais de determinado ramo do Direito são "diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais de certo ramo jurídico", que, dentre outros, são elementos " imprescindíveis à autonomia de qualquer ramo jurídico já que tais princípios demarcam as linhas mestras particularizantes de tal ramo perante os demais que compõem o universo do Direito". (DELGADO, 2004, p. 25-26).

Em consonância com a função teleológica do Direito do Trabalho, de busca pela melhoria da condição social do trabalhador, Delgado (2018, p. 231) elenca os seguintes princípios especiais: princípio da proteção; princípio da norma mais favorável; princípio da condição mais benéfica; princípio da inalterabilidade contratual lesiva; princípio da intangibilidade salarial; princípio da primazia da realidade sobre a forma; princípio da continuidade da relação de emprego; princípio da imperatividade das normas e princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.78

Delgado explica que "sem a presença e observância cultural e normativa desse núcleo basilar de princípios especiais, ou mediante a descaracterização acentuada de suas diretrizes indutoras, compromete-se a própria noção de Direito do Trabalho em certa sociedade histórica concreta." (DELGADO, 2018, p. 231).

A compreensão de tais princípios e de sua importância é crucial para a análise das alterações decorrentes da Lei 13.467/17, notadamente, das que visam a potencializar a autonomia privada tanto no âmbito individual quanto coletivo, de forma a promover a mutação genética do Direito do Trabalho. (ALMEIDA, 2018, p. 61).

O princípio de proteção, segundo Plá Rodriguez, "se refere ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho, pois este, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador". (RODRIGUEZ, 2000, p. 83) Não constitui método especial de interpretação,

[78] A abordagem feita neste estudo se refere especificamente aos princípios considerados como *núcleo basilar* dos princípios do Direito Individual do Trabalho.

mas um princípio geral que inspira todas as normas do Direito do Trabalho e que deve ser levado em conta na sua aplicação.

Pedreira da Silva destaca a noção de contrato de trabalho como contrato de adesão e destaca que:

> [...] o motivo da proteção é a inferioridade do contratante amparado em face do outro, cuja superioridade lhe permite [...] impor unilateralmente as cláusulas do contrato, que o primeiro não tem a possibilidade de discutir, cabendo-lhe aceitá-las ou recusá-las em bloco. (SILVA, 1999, p. 22).

Assim, o princípio de proteção pode ser definido como "[...] princípio em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores". (SILVA, 1999, p. 28).

Verifica-se, portanto, que o fundamento é o propósito do Direito do Trabalho de nivelar desigualdades, sendo tal princípio o instrumento pelo qual se efetiva a noção de Couture, que considera que " o procedimento lógico de corrigir as desigualdades é o de criar outras desigualdades". (COUTURE apud RODRIGUEZ, 2000, p. 85)

No mesmo sentido, Radbruch explica que

> [...] a idéia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. A igualdade deixa assim de constituir ponto de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica. (RADBRUCH apud RODRIGUEZ, 2000, p. 86).

Do princípio de proteção decorrem outros princípios ou ideias. A primeira tem como justificativa a situação de fragilidade do trabalhador em relação ao empregador, é a regra *in dubio, pro operario.* Trata-se de critério que o juiz ou o intérprete deve utilizar para escolher, entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquele que seja mais favorável ao empregado. (RODRIGUEZ, 2000, p. 107).

A segunda ideia que corresponde a uma das acepções de aplicação prática do princípio da proteção é o **princípio da norma mais favorável**, que enuncia que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas, seja esta norma de origem internacional ou interna, à luz da "visão integral do Direito do Trabalho, que impõe a interação entre os ordenamentos interno e transnacional". (TRINDADE apud ALMEIDA e ALMEIDA, 2017a, p. 144)

Nascimento explica:

> Ao contrário do direito comum, em nosso direito, entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre elas se constitui terá no vértice não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes normas em vigor. (RODRIGUEZ, 2000, p. 124)

Delgado explica que esse princípio se aplica em três momentos distintos: na elaboração de uma regra; no confronto entre regras existentes e na interpretação, englobando, respectivamente, os processos legislativo, de hierarquização e de revelação de sentido da regra.[79]

A regra se justifica na medida em que é característica do Direito do Trabalho que suas normas fixam níveis mínimos de proteção, em consonância com a progressividade de direitos enunciada tanto na Constituição quanto nas fontes internacionais. Assim, nada impede que sejam criadas outras normas que melhorem estes níveis. Portanto, não se trata meramente de definir uma técnica de solução de conflitos, mas de uma "opção ideológica e política, que é, na hipótese, o prestígio da melhoria progressiva da condição social do trabalhador." Destarte, este princípio "traduz a própria ideologia assumida pelo Direito do Trabalho." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017a, p. 142).

Corroborando com a unidade do ordenamento jurídico, com a confluência entre os princípios a partir de um eixo axiológico e com a necessidade de criação de mecanismos para a proteção desse próprio sistema, Perlingieri explica que:

> a hierarquia das fontes não responde apenas a uma razão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas colocadas por diversas fontes, mas é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, aos valores e à sua correspondência à filosofia da vida presente no modelo constitucional: é o instrumento mediante o qual o sistema normativo assegura a efetivação dos próprios princípios. (PERLINGIERI apud ALMEIDA e ALMEIDA, 2017a, p. 142).

A terceira regra ou princípio diretamente relacionado à aplicação prática do princípio da proteção, é o da **condição mais benéfica**, critério pelo qual a aplicação de uma norma trabalhista não deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador (art. 444 da CLT). Assim, há garantia de preservação da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador, que adquire condição de direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF/88).

Trata-se, portanto, do contraponto entre cláusulas contratuais (tácitas ou expressas, oriundas do próprio pacto ou do regulamento de empresa), de forma que as cláusulas contratuais benéficas somente poderão ser suprimidas caso suplantadas por cláusula posterior

[79]Como será abordado nos capítulos 4 e 6, a Lei 13.467/2017 pretende que a prevalência do negociado sobre o legislado se dê ainda que para a aplicação da norma que não seja a mais favorável.

ainda mais favorável, mantendo-se intocadas em face de qualquer subsequente alteração menos vantajosa do contrato ou regulamento de empresa.

Este princípio também engloba a manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva (468 da CLT), cunhado por Delgado (2018, p. 236).

O **princípio da inalterabilidade contratual lesiva** traz a ideia de preservação das condições, das cláusulas contratuais, tal como o *pacta sunt servanda* no Direito Civil. No entanto, o sentido da expressão toda é distinto, pois é inviabilizada a possibilidade de prevalecer alteração decorrente da vontade que implique em prejuízo para o empregado. Assim, as alterações contratuais favoráveis ao empregado tendem a ser permitidas; as desfavoráveis, tendem a ser vedadas.

Assim, o referido princípio informa que "é ilícita a alteração das condições de trabalho (alteração objetiva do contrato de trabalho) da qual resulte, direta ou indiretamente, prejuízo para o trabalhador, ainda que ela tenha sido realizada por mútuo consentimento." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017a, p. 149).

Maurício Godinho Delgado também destaca o **princípio da intangibilidade salarial**, a partir do qual são asseguradas garantias quanto ao salário, parcela com caráter alimentar, que *deveria* atender às necessidades essenciais do ser humano. Este princípio está vinculado ao princípio jurídico geral previsto na Constituição: princípio da dignidade humana, e projeta-se em distintas direções: garantias contra mudanças contratuais e normativas que provoquem a redução do salário (princípio previsto no artigo 7º, VI, da CR/88, da **irredutibilidade salarial**, dimensão específica do princípio da intangibilidade salarial); garantia de integridade salarial (controle dos descontos que podem ser efetuados validamente no salário); garantias para proteção em face de credores do empregado e do empregador.

Plá Rodriguez explica que o **princípio da primazia da realidade** significa que, "[...] em caso de discordância entre o que ocorre na prática e o que emerge de documentos ou acordos, deve-se dar preferência [...]" (RODRIGUEZ, 2000, p. 339) ao que ocorre no plano fático (previsão no art. 9º, da CLT).

Como ressaltam Almeida e Almeida (2107a, p. 151), este princípio "informa que o descompasso entre o que for formalmente contratado ou registrado documentalmente e o que ocorrer na realidade da relação entre empregado e empregador é resolvido em favor do que se verifica na realidade."

A respeito de tal princípio, Süssekind explica:

> A regra que prevalece no Direito do Trabalho é a da nulidade absoluta do ato anormal praticado com o intuito de evitar a aplicação das normas jurídicas de

> proteção ao trabalho. Sempre que possível, desde que da lei não resulte solução diversa, a relação de emprego deve prosseguir como se o referido ato não tivesse sido praticado; em caso contrário, deve ser reparado, nos limites da lei trabalhista, o dano oriundo do ato malicioso. Ocorrendo simulação atinente à relação de trabalho, ou a uma de suas condições, as normas jurídicas correspondentes deverão ser aplicadas em face da verdadeira natureza da relação ajustada ou da condição realmente estipulada. (SÜSSEKIND, Arnaldo. apud RODRIGUEZ, 2000, p. 349).

Igualmente relevante é o **princípio da continuidade da relação de emprego**, que se aproxima da função teleológica do Direito do Trabalho, visto que os contratos com duração prolongada no tempo tendem a permitir que o empregado alcance maior conjunto de direitos e vantagens em virtude do contrato. Nesse sentido, Plá Rodriguez ressalta:

> Tudo o que vise à conservação da fonte de trabalho, a dar segurança ao trabalhador, constitui não apenas um benefício para ele, enquanto lhe transmite uma sensação de tranqüilidade, mas também redunda em benefício da própria empresa e, através dela, na sociedade, na medida em que contribui para aumentar o lucro e melhorar o clima social das relações entre as partes. Por isso diz *Krotoschin* que esta proteção não somente constitui "uma medida de segurança econômica, mas também garante a incorporação do trabalhador na empresa como meio de integração para os fins específicos do direito social" (RODRIGUEZ, 2000, p. 240).

Almeida e Almeida (2017a, p. 145) ressaltam a importância do trabalho para o trabalhador e para a sociedade. Em sentido oposto, o desemprego "acentua a diferenciação social e produz exclusão social, afetando, com isso, a possibilidade da realização da justiça social, cidadania e democracia."

Diante disso, o ordenamento jurídico estabelece limitações às contratações por prazo determinado (art. 443, CLT, Lei n. 6019/74, etc.), prevê institutos relativos à manutenção do contrato de trabalho em situações específicas (por exemplo, garantia de emprego, interrupção e suspensão do contrato de trabalho) e assegura ao empregado o direito a um conjunto de verbas rescisórias mais amplo em caso de dispensa imotivada (por mero ato de vontade do empregador).

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas está diretamente relacionado com a noção de ordem pública.

O **princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade de direitos trabalhistas** é específico do Direito do Trabalho e, também, enuncia a limitação da vontade das partes no contexto da relação de emprego. Trata-se de projeção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas. (DELGADO, 2018, p. 235).

Considerando-se que a noção de ordem pública será objeto de abordagem mais específica no item a seguir, a explanação sobre o **princípio da imperatividade das normas**

trabalhistas e o **princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade de direitos trabalhistas** também será transportada para aquele ponto.

2.3.5 Da extensão da indisponibilidade: normas de ordem pública, imperativas e direitos de indisponibilidade absoluta e relativa

Neste item serão abordados aspectos relacionados à imperatividade das normas trabalhistas e da indisponibilidade dos direitos decorrentes da relação de emprego, considerando-se o ordenamento jurídico antes das alterações decorrentes da Lei 13.467/17. Nos capítulos 4 e 6 serão analisadas as alterações decorrentes da referida Lei, notadamente quanto à diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado e os efeitos dessa na temática da indisponibilidade das normas e dos direitos trabalhistas.

A ordem jurídica pode conferir maior ou menor liberdade (autonomia) aos indivíduos em diferentes dimensões das relações sociais, nas diferentes interações entre eles.

Do mesmo modo, a incidência da coação em caso de descumprimento da norma pode variar, podendo ser de força obrigatória e automática ou depender da manifestação da vontade individual.

A distinção entre direito cogente e direito dispositivo é o reflexo da delimitação normativa da vontade privada. (GOTTSCHALK, 1995, p. 193).

As classificações entre *jus cogens* e *jus dispositivum* são meios da técnica jurídica que procuram sistematizar a variedade dos fenômenos da vida, "permitindo elaborar a estrutura intrínseca da norma jurídica e de determinar-lhe os seus efeitos." [80]

Tal divisão não significa que somente as normas cogentes têm o caráter de coercibilidade, mas que nestas, "a coação se desenvolve em virtude de sua força obrigatória, desde que são transgredidas, ao passo que nas outras fica dependendo da manifestação da vontade individual." (GOTTSCHALK, 1995, p. 192).

Tanto as normas dispositivas quanto as cogentes disciplinam a conduta, mas a ordem jurídica pode exercer este poder regulamentador de conduta humana em vários graus de intensidade, como explica Gottschalk:

> Ao disciplinar a conduta humana, a ordem jurídica pode estabelecer normas de caráter absoluto, impondo-se à vontade do sujeito de Direito com força incondicional, ou limitar-se a editar normas, com a mesma validade e coercibilidade, mas passíveis de modificação, derrogação ou substituição pela vontade privada." (GOTTSCHALK, 1995, p. 192).

[80]Carlos Maximiliano (apud GOTTSCHALK, 1995, p. 189) considera que as normas interpretativas se enquadram entre as imperativas e as supletivas entre as permissivas, "de sorte que possuem profunda relevância jurídica para o nosso estudo somente duas categorias de normas: o *jus cogens* e o *jus dispositivum.*

Para Gottschalk (1995, p. 192), se a ordem jurídica “não confere ao sujeito de Direito a faculdade de regulamentar livremente as suas relações jurídicas, mas determina a sua conduta de modo absoluto, soberano, incondicional, o Direito é cogente.” Por outro lado, a norma é dispositiva “quando a [...] ordem jurídica delega ao sujeito de Direito o poder de editar a sua própria norma de conduta, condicionando a validade da norma legal ao não uso desta faculdade.”

Segundo Beviláqua, “[...] leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelece os princípios, cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito”. (BEVILÁQUA apud RODRIGUEZ, 2000, p. 152).

Moraes Filho sustenta que “[...] ordem pública significa o que não pode ser derrogado, renunciado, por simples manifestação de vontade dos particulares. É o que o Estado julga imprescindível e essencial para a sobrevivência da própria sociedade, o bem comum, o interesse geral.” (MORAES FILHO apud RODRIGUEZ, 2000, p. 152).

Assim, a norma cujo conteúdo é considerado matéria de ordem pública é imperativa, obrigatória, com o mesmo sentido da expressão “norma cogente” (ou *jus cogens*) utilizado por Gottschalk, como já visto supra.

A ordem jurídica distribui e atribui, destarte, competências de elaboração normativa de regras de conduta humana entre os portadores de vontade coletiva, isto é: o Estado e demais sujeitos de direito público, e os portadores de vontade privada. (GOTTSCHALK, 1995, p. 193).

No ordenamento jurídico brasileiro é atribuída aos sujeitos coletivos (entidades representativas das categorias econômica e profissional e empresa) a possibilidade de pactuação de normas autônomas (acordos e convenções coletivas), conforme artigos 7º, inciso XXVI, e 8º, incisos III e VI, da Constituição de 1988.

Há diferenças qualitativa e quantitativa em torno da noção de imperatividade na ordem trabalhista em comparação com a civil.

A primeira diferença consiste no fato de ser relativa à imperatividade no âmbito trabalhista. Como esclarecem Almeida e Almeida (2017a, p. 147) admite-se a “desconsideração de uma norma quando outra estabeleça uma condição mais favorável ao trabalhador (princípio da aplicação da norma mais favorável)”, em consonância com o princípio da progressividade.

Além disso, há diferença quantitativa, que se refere ao número de preceitos de ordem pública existentes no Direito Civil, no qual a imperatividade é a exceção, em comparação com o Direito do Trabalho, que tem a imperatividade das normas como regra geral.

Por outro lado, as normas dispositivas ou *jus dispositivum* se referem ao âmbito da liberdade contratual, se inserindo no "campo de autonomia" das partes (ENNECCERUS-KIPP-WOLFF apud GOTTSCHALK, 1995, p. 189), estabelecendo prescrições para o caso de não se manifestar a vontade do interessado, "ao qual era permitido dispor de outro modo; ora para produzir efeito e desenvolver sua força obrigatória só depois de se manifestar a vontade individual" (ESPÍNOLA, 1977, p. 103), daí serem denominadas "normas ou leis autorizantes ou hipotéticas".[81]

Qualquer norma jurídica deve atender aos princípios e preceitos da ordem jurídica interna e transnacional para ser válida.

No entanto, como qualquer ramo do Direito, o Direito do Trabalho é mutável e está constantemente se adaptando às evoluções socioeconômicas.

O direito é vivo e o Direito do Trabalho é mais ainda, como evidencia a sua própria trajetória de evolução. As normas foram surgindo de forma esparsa e múltipla e assim foi sendo moldado seu objeto, que, todavia, não é estático. Não tem como ser estático, pois sua fonte é a coexistência social; o corpo social, que estabelece múltiplas relações em um determinado tempo e espaço.

Assim, por mais que sejam estabelecidas normas de ordem pública, imperativas, que formam grande parte do conteúdo juslaboral, há constante discussão acerca da extensão da restrição à autonomia privada individual e coletiva, tornando relevante a tentativa de identificar qual seria o conteúdo dos direitos classificados como de indisponibilidade absoluta e relativa[82], o que não é tarefa fácil.

Como visto, ao menos em tese, as normas de ordem pública não podem ser modificadas pelas partes, no exercício da autonomia privada individual nem da autonomia privada coletiva, através das negociações coletivas, porque se referem ao mínimo que é assegurado aos trabalhadores na perspectiva dos princípios *pro homine*, da vedação ao retrocesso social e da progressividade dos direitos sociais.

Os principais limites à autonomia privada individual e coletiva são as normas de interesse público e a política econômica do governo.

---

[81] "As normas autorizantes 'produzem efeitos somente quando neste sentido se manifesta a vontade do sujeito, a qual não se presume na falta de declaração." (GOTTSCHALK, 1995, p. 190).

[82] No entanto, seja o nível de indisponibilidade absoluto ou relativo, em caso de transação que ultrapasse tais limites, não haverá diferença quanto à eficácia no âmbito juslaboral, na medida em que o artigo 9º da CLT estabelece como consequência a nulidade do ato praticado para deixar de aplicar as normas trabalhistas. Diferença haverá quanto à distribuição do ônus da prova, pois "tratando-se de parcela imantada de indisponibilidade absoluta, o autor da ação não terá que evidenciar prejuízo em face de uma questionada transação envolvendo a parcela, dado que a nulidade será decretada automaticamente pela autoridade judicial perante a qual se apresentou a lide." (DELGADO, 2018, p. 252).

Delgado (2018, p. 251) classifica, do ponto de vista do direito individual do trabalho, como de **indisponibilidade absoluta** direitos que constituem o que o Autor denomina de patamar civilizatório mínimo, que a sociedade não aceita ver reduzido, tais como anotação de CTPS, pagamento do salário mínimo, normas de medicina e segurança do trabalho. **Afastar a obrigatoriedade desses direitos significaria afrontar a dignidade da pessoa humana e a valorização mínima do trabalho. (**grifo nosso).

Na linha do que foi exposto supra acerca da imperatividade, Delgado explica que a "área de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é [...] mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo", pois do ponto de vista do direito individual do trabalho é de indisponibilidade absoluta direito protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria, atingindo "parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva e, portanto, de modificação real." (DELGADO, 2018, p. 251).

Delgado (2018, p. 252) classifica, do ponto de vista do direito individual do trabalho, como de **indisponibilidade relativa** direitos que traduzam "interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico."

No entanto, há vertente interpretativa que considera que a barreira à autonomia privada estabelece vedação apenas ao despojamento de direitos por ato unilateral, de maneira que não se admite a renúncia de direitos, mas viabiliza-se a transação.

Nesse sentido, Silva considera que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis, não indisponíveis:

> O entendimento majoritário do âmbito trabalhista vai no sentido de que os créditos dos empregados são irrenunciáveis - e, portanto, imunes a atos unilaterais dos empregados ou a acordos unilaterais não revestidos de formalidades - mas não chegam ao patamar do indisponível - pois, do contrário, nem ao menos poderia haver prescrição trabalhista ou acordo judicial, com ou sem concessões recíprocas. É como se a irrenunciabilidade, tão estudada pelos tratadistas juslaborais, estivesse num grau abaixo ou numa dimensão de menor densidade da indisponibilidade, muito cara aos direitos da personalidade, por exemplo. (SILVA, 2017, p. 54).

A renúncia consiste no abandono do direito pelo seu titular (PEREIRA, 1998, p. 300), sendo pois, ato personalíssimo.

A transação, por sua vez, se refere a ato bilateral de despojamento de direitos patrimoniais, mas mediante concessões recíprocas.

No primeiro caso há certeza quanto ao direito ser do renunciante (renuncia ao que é dele); já no segundo há incerteza (daí as concessões recíprocas). Assim, na transação real não

pode haver prejuízo, exatamente em razão da incerteza. Portanto, só haverá possibilidade de prejuízo caso se atribua à palavra “transação” o sentido de pura negociação, sem o elemento da incerteza. (VIANA, 2019).

Plá Rodriguez (2000, p. 141) define a noção de irrenunciabilidade como “impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista”. A renúncia é “ato voluntário pelo qual uma pessoa se desliga de um direito reconhecido a seu favor e o abandona”.

Porém, o princípio em questão enuncia a “inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” tanto quanto essa vontade do empregado é expressada de forma unilateral ou bilateral. (DELGADO, 2018, p. 235).

Assim, geralmente, não se atribuiu validade à renúncia nem à transação que implique objetivamente prejuízo para o trabalhador. (DELGADO, 2018, p. 235).

Como mencionado anteriormente, as noções abordadas neste item estão relacionadas ao princípio da imperatividade das normas trabalhistas e ao princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade de direitos trabalhistas a partir do disposto no ordenamento jurídico antes da Lei 13.467/17.

O princípio da imperatividade das normas trabalhistas informa a restrição à autonomia privada no contrato trabalhista, em contraponto à diretriz civil de soberania das partes no ajuste das condições contratuais. (DELGADO, 2018, p. 234).

Por causa da fisionomia tutelar, prevalece no Direito do Trabalho o domínio de regras jurídicas imperativas, em detrimento de regras apenas dispositivas. As regras justrabalhistas são, desse modo, essencialmente obrigatórias, não podendo, de maneira geral, ter sua regência contratual afastada pela simples manifestação de vontade das partes (DELGADO, 2018, p. 234), característica enunciada pelo princípio da imperatividade das normas.

Também as normas proibitivas têm aplicação obrigatória, pois proibições são forma de proteção dos trabalhadores, como ensina MANUS (2001, p. 81), com vistas a tutelar bens jurídicos que visam a assegurar condições dignas de trabalho e de vida.

A imperatividade se estende às normas heterônomas e, conforme o caso, às cláusulas convencionadas, a partir de interpretação em consonância com os artigos 9º e 468 da CLT, por serem disposições voltadas à tutela dos bens que viabilizam a efetividade da dignidade humana e, via de consequência, consistem em “condição de possibilidade da justiça social, cidadania e democracia”, dos quais as partes também não podem dispor e que são consideradas de ordem pública. ALMEIDA; ALMEIDA, 2017a, p. 147).

Acerca do nexo entre a assimetria característica da relação de emprego e a indisponibilidade dos direitos trabalhistas, Schwarz assevera que:

> [...] não podendo o trabalhador [...] optar por não participar do mercado de trabalho, em virtude de suas necessidades, a ausência de intervenção estatal nesse mercado, em prol dos trabalhadores, acarretaria a sua exploração cada vez mais violenta, tornando insustentável a própria mecânica do mercado e, em consequência, o modo de produção. Ao reconhecer uma assimetria ponderável entre os trabalhadores e aqueles que se aproveitam do respectivo trabalho, o direito do trabalho age sobre tal realidade, buscando corrigir, assim, ao menos em parte, as distorções dos sistema capitalista. Por isso mesmo, os direitos trabalhistas são, em regra, indisponíveis. (SCHWARZ apud ALMEIDA; ALMEIDA, 2017a, p. 149).

No mesmo sentido, Rodriguez explica que

> [...] não seria coerente que o ordenamento jurídico realizasse de maneira imperativa, pela disciplina legislativa e coletiva, a tutela do trabalhador, contratante necessitado e economicamente débil, e que depois deixasse seus direitos em seu próprio poder ou ao alcance de seus credores. (RODRIGUEZ, 2000, p. 145).

O **princípio da irrenunciabilidade ou da indisponibilidade de direitos trabalhistas** enuncia limitação da vontade das partes no contexto da relação de emprego, tendo estreita relação com o princípio da imperatividade das normas trabalhistas:

> Sem este caráter imperativo [...] não seria o Direito do Trabalho um mínimo de garantias, nem preencheria sua função; pois se a idéia de garantia, seja individual ou social, faz referência àquelas normas cuja observância se considera essencial para a realização da justiça, deixá-las subordinadas à vontade de trabalhadores e patrões equivale a destruir seu conceito, como princípio de cuja observância é o Estado o encarregado. (DE LA CUEVA apud RODRIGUEZ, 2000, p. 149).

Evidente, portanto, que o referido princípio também está ligado à noção de limitação à autonomia da vontade das partes, sendo destacado por Plá Rodriguez o entendimento de Krotoschin, no sentido de que

> [...] as normas de Direito do Trabalho são de preferência de ordem pública, por transcender tais normas o interesse puramente individual e serem inseparáveis do interesse social [...] esse caráter impositivo importa estabelecer o primado da vontade coletiva sobre a vontade individual. (KROTOSCHIN *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 157).

Como explica Delgado (2018, p. 235), irrenunciabilidade e indisponibilidade são vocábulos utilizados como se tivessem o mesmo conteúdo na enunciação deste princípio, mas o primeiro é menos amplo do que o segundo, por interferirem restringindo, respectivamente, ato unilateral de vontade do empregado (renúncia) e ato bilateral de vontade do empregado e do empregador (transação), cujas definições já foram abordadas neste item.

Asseveram Almeida e Almeida (2017a, p. 148) que este princípio "autoriza presumir a ocorrência de vício de vontade em ato praticado pelo trabalhador no curso da relação de emprego de que resulte prejuízo ao acesso a direitos assegurados pela ordem jurídica, como autoriza afirmar o art. 468 da CLT."

Como ressalta Delgado (2018, p. 235), "a indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego."

Como já visto, no contexto da relação de emprego, sob o jugo do salário e ameaça do desemprego[83], o natural antagonismo entre o patrão e o trabalhador coloca este em situação de vulnerabilidade contratual e sem condições de efetivamente estabelecer, em paridade de condições, o conteúdo do contrato. Daí a necessidade de serem definidas diretrizes que compõem o patamar mínimo civilizatório de direitos e garantias que não podem ser afastados pela vontade das partes, com vistas a resguardar, na medida do possível no sistema capitalista, o trabalhador da pressão do empregador, norteada pela fome de acumulação.

Partindo-se do pressuposto que se trata de relação desequilibrada do ponto de vista econômico, estabelece a ordem jurídica a presunção de vulnerabilidade do trabalhador e que, geralmente, tem apenas o seu trabalho como forma de satisfazer suas necessidades materiais na sociedade capitalista.

O interesse em questão que justifica a limitação da autonomia da vontade não é apenas o do empregado individualmente considerado, mas da coletividade, na medida em que a perpetuação de condições indignas de trabalho levam à desigualdade social, à miséria, à exclusão e ameaçam a paz social e a própria coesão da sociedade, prejudicando tanto o desenvolvimento social quanto o econômico e o progresso, em contrariedade aos fundamentos e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Todos estes princípios específicos do Direito do Trabalho se interligam de forma harmoniosa, formando uma rede de contenção que confere a fisionomia tutelar desse ramo jurídico, em perfeita sintonia com a sua função teleológica o que, por sua vez, concretiza o princípio da valorização social e promove a efetividade da dignidade da pessoa humana, da justiça social e da cidadania dentro das limitações inerentes ao sistema capitalista.

---

[83] Potencializada pela existência do exército industrial de reserva e da interpretação doutrinária e jurisprudencial que nega eficácia à garantia de vedação à dispensa arbitrária que consta no art. 7º, inciso I, da Constituição de 1988.

Considerando-se que o Direito do Trabalho estabelece como regra a contratação por prazo indeterminado[84], a tendência é que, ao longo do tempo, o conjunto de direitos e de garantias assegurados ao trabalhador, de modo geral, se amplie, na medida em que são asseguradas a irredutibilidade e intangibilidade salarial, além da manutenção da condição mais benéfica.

Ao mínimo ético estabelecido como básico em decorrência do intervencionismo estatal, que se aplica de forma imperativa, como conjunto de normas de ordem pública, à relação de emprego e que não é passível de derrogação, vão se consolidando outros direitos (criados pela via contratual ou mediante atuação coletiva), como tijolos que vão sendo assentados de forma sólida em uma parede que deve crescer. Trata-se da perspectiva de vedação ao retrocesso social e progressista de busca pela melhoria da condição social do trabalhador.

Ademais, a tendência é que o empregador invista na capacitação e qualificação da mão de obra, para obter maior produtividade, o que é positivo também para o trabalhador e para a sociedade, pois contribui para a melhoria do nível de formação e especialização do mercado de trabalho do país, fomentando investimentos e desenvolvimento de tecnologias.

A descrição acima se refere aos efeitos possíveis da ordem trabalhista no plano do dever ser.

Há muitas variáveis econômicas, políticas e culturais que acarretam o distanciamento da realidade das relações laborais desse plano idealizado a partir da construção normativa do Direito do Trabalho.[85]

A Lei 13.467 de 2017, principal instrumento da reforma trabalhista no Brasil, tenta desarticular ainda mais a malha protetiva característica do Direito do Trabalho que, não obstante todos os seus traços de ambivalência, contribui para assegurar o mínimo de dignidade ao trabalhador assalariado. A referida Lei pretende modificar a gênese do Direito do Trabalho, criando insegurança e risco para o trabalhador. Visa permitir que os tijolos sejam retirados da parede de conquistas sociais e pior! O diploma legal cria condições aparentes de que o algoz desse desmanche possa ser o próprio trabalhador ou o ente representativo da

[84] Apesar dessa orientação estar sendo relativizada em diversos países, inclusive no Brasil, notadamente, a partir da década de 1970 e que se intensificou desde 2008, na onda de reformas trabalhistas e de medidas pró-austeridade pelo mundo, como será abordado no Capítulo 3.

[85] Decerto que a interpretação que se faz acerca da impossibilidade de aplicação da garantia de vedação à dispensa arbitrária enunciada no artigo 7º, I, da Constituição de 1988 é uma opção política que compromete muito a efetividade das normas trabalhistas. Num contexto em que se admite ser a dispensa imotivada um direito potestativo do empregador, é suprimido um dos pilares que era essencial para o equilíbrio da malha protetiva, notadamente porque não se considera a vigência do contrato de trabalho causa impeditiva da fluência do prazo prescricional de cinco anos.

categoria, *"armando-o"* com a *liberdade*, como se um ato político que é a Lei em questão tivesse o efeito de emancipar tais sujeitos mediante a atribuição meramente formal de autonomia negocial.

Pergunta-se: o que teria mudado com a Lei 13.467 de 2017 a ponto de, do dia para a noite, a classe trabalhadora atingir, supostamente, tal nível de emancipação que lhe permita dispensar o patamar legal, tradicionalmente tido como um mínimo ético?

2.4 Direito Individual e Direito Coletivo do Trabalho

O Direito do Trabalho é o ramo especializado do Direito, "fruto dialético da correlação de forças econômicas, políticas e sociais". (RÜDIGER, 2004, p. 43) Desse modo, "não é, no seu fundo, apenas um direito obrigacional." (GOTTSCHALK, 1995, p. 195). Tem como função teleológica o aperfeiçoamento das condições de pactuação da força de trabalho na sociedade capitalista. Representa forte direcionamento interventivo na sociedade, na economia e, principalmente, na vontade das partes contratuais envolvidas nas relações jurídicas que regula.

De fato, o viés social é característica de quaisquer ramos do Direito, apesar de variar a intensidade do conteúdo de uns em contraposição a outros. No caso do Direito do Trabalho, o "acentuado direcionamento teleológico [...] consiste em seu qualificativo diferenciador perante ouros ramos jurídicos." (DELGADO, 2018, p. 49, 52).

Segundo Souto Maior, a fonte material do Direito do Trabalho é a identificação da injustiça. (SOUTO MAIOR, 2000, p. 248)

Verifica-se que a finalidade da criação do Direito do Trabalho como ramo jurídico é a valorização do coletivo, o bem social. O objetivo era limitar a liberdade de contratar para que passasse a ser exercida tendo em vista o bem coletivo, de forma a minimizar a desigualdade entre empregado e empregador.

No ordenamento jurídico brasileiro, a relação de emprego é a relação jurídica que se forma entre empregador e empregado, quando presentes os pressupostos caracterizadores, previstos nos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho: ser o trabalho prestado por pessoa física, com pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e sob dependência do empregador, o que se consolidou como subordinação jurídica.

O Direito do Trabalho se estruturou em torno desta relação específica em virtude do contexto social, político e econômico em que ocorreu seu surgimento. A relação jurídica entre capital e trabalho que foi traçada e utilizada de forma maciça na Europa, na era industrial e

pós-industrial, reunia características específicas que definem o que hoje se entende por relação de emprego.

Alves explica que:

> Ao Direito do Trabalho, sobretudo ao Direito Individual do Trabalho, não interessam diretamente todas as espécies de relação de trabalho, mas apenas uma em especial: a relação de emprego. Dadas as especificidades, a relação de emprego assumiu, ao longo dos últimos séculos, posição de destaque no mundo do trabalho capitalista. [...]
>
> A relação de emprego, então, recebe a proteção do Direito do Trabalho, o que inocorre, regra geral, com as demais relações de trabalho. Tal realidade pode ser explicada por ser o vínculo empregatício mais sólido e permanente do que o vínculo de trabalho em que não está presente a relação de emprego. (ALVES, 2005, p. 54-55).

O Direito do Trabalho se desdobra em Individual, que se atém ao contrato individual de trabalho, à relação entre empregado e empregador, individualmente considerados, e, em Coletivo, quando versa sobre relações coletivas, ou seja, entre organizações coletivas de empregados e empregadores.

O Direito Individual do Trabalho define-se como "complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas." (DELGADO, 2018, p. 49).

O Direito Coletivo do Trabalho define-se como o:

> [...] complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam as relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua atuação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações. (DELGADO, 2018, p. 49).

Como explica Delgado (2018, p. 1531), o Direito Coletivo tem funções específicas: de adequação setorial da generalidade de determinadas regras justrabalhistas e de pacificação de controvérsias reais de caráter comunitário.

Como já visto, as relações coletivas entre empregados e empregadores passaram a existir quando, no contexto de exploração decorrente do capitalismo, os operários ganharam consciência de que unindo suas forças e ações, agindo através de entidades associativas, tornavam-se mais fortes para fazerem reivindicações perante os patrões.

O Direito Coletivo do Trabalho surgiu em torno do ser coletivo obreiro, o sindicato, a partir do momento em que os trabalhadores passaram a agir coletivamente, emergindo na arena política e jurídica como vontade coletiva e não mera vontade individual, como também já foi visto.

Barros explica que:

> O Direito Individual tem como núcleo o contrato, que por sua vez cria uma relação individual de trabalho, cujos interesses são concretos, referindo-se a cada indivíduo determinado, enquanto o direito Coletivo pressupõe uma relação coletiva de trabalho, em que os sujeitos se encontram em função de uma coletividade profissional; logo, relação jurídica daí advinda põe em jogo os interesses abstratos do grupo. (BARROS, 2016, p. 792).

2.5 Sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho

2.5.1 Origens, evolução e importância dos sindicatos

A manifestação individual e isolada do empregado não tem aptidão para produzir efeitos além da relação bilateral com o empregador. A atuação grupal, como forma de equalizar essa situação, levou ao surgimento dos sindicatos.

Quando os empregados passaram a agir através de entidades associativas, eles ganharam caráter de ser coletivo, podendo se contrapor com maior força e eficiência ao empregador. Este sempre foi um ser coletivo, visto que sua vontade é hábil a causar repercussões com impacto na sociedade, atingindo um universo amplo de pessoas.

Na definição de Delgado:

> Sindicatos são entidades associativas permanentes, que representam trabalhadores vinculados por laços profissionais e laborativos comuns, visando tratar de problemas coletivos das respectivas bases representadas, defendendo seus interesses trabalhistas e conexos, com o objetivo de lhes alcançar melhores condições de labor e vida. (DELGADO, 2018, p. 1532).

A definição legal é mais ampla, posto que abrange os sindicatos dos empregadores.

"Os sindicatos de trabalhadores são organizações associativas de caráter profissional, às quais o Direito confere poderes jurídicos*"*, segundo dispõe o artigo 8º, ***caput*** e inciso III da Constituição.

As entidades sindicais representativas da categoria profissional, assim qualificadas, agem em nome e em favor dos empregados. Através delas, os trabalhadores ganham estrutura e potência de ser coletivo. Do que resulta melhoria do respectivo poder de barganha.

Os sindicatos são associações criadas para, em princípio, conferir algum tipo de segurança aos operários[86] na defesa contra a exploração patronal e "representaram, nos

[86] Na estrutura sindical brasileira também há sindicatos que representam os empregados (sindicatos da categoria econômica), conforme dispõe o art. 511, § 1º, da CLT, a seguir transcrito:
Segundo o art. 51: "É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas".

primeiros tempos do desenvolvimento do capitalismo, um progresso gigantesco da classe operária, pois propiciaram a passagem da dispersão e da impotência dos operários aos rudimentos da união de classe." (LÊNIN apud ANTUNES, 1985, p. 10)

Como sintetiza Barros (2016, p. 804-805), os sindicatos, como instituições de direito coletivo, têm como finalidade precípua, atuar para defender os interesses dos seus representados, o que, no caso dos trabalhadores, significa a atuação para estabelecer melhores condições de vida e a assistência em momentos de necessidade.

A autora também ressalta, exemplificativamente, como fins acessórios:

> [...] a participação dos empregados na gestão da empresa, a colaboração no exercício de funções estatais, como inspeção do trabalho, agências de colocação, criação de cooperativas etc.; a realização de funções quase jurisdicionais, visando à conciliação de interesses nos conflitos surgidos entre empregados e empregadores e a transformação das estruturas econômico-sociais. (BARROS, 2016, p. 805).

Como explica Antunes (1985, p. 10), "os operários unidos em seu sindicato colocam-se de alguma maneira em pé de igualdade com o patronato no momento da venda de sua força de trabalho, evitando que o capitalista trate *isoladamente* com cada operário." Com isso, fornecem "aos operários alguns meios de resistência na sua luta contra os excessos do capitalismo." (ANTUNES, 1985, p. 14).

Os sindicatos "nasceram dos esforços da classe operária na sua luta contra o despotismo e a dominação do capital. Os sindicatos têm como finalidade primeira impedir que os níveis salariais se coloquem abaixo do mínimo necessário para a manutenção e sobrevivência do trabalhador e sua família." (ANTUNES, 1985, p. 12).

Mas a atuação dos sindicatos se estende e se baseia, ou deve se basear, nas lutas cotidianas da classe, constituindo-se como "força organizadora da classe operária" e "centro de organização dos operários visando sua emancipação econômica, social e política, que se tornou indispensável para "o desenvolvimento da classe operária nos primórdios do capitalismo e mesmo na sua fase atual. (ANTUNES, 1985, p. 13; 33).

O direito à livre associação é considerado um marco importante na história do sindicalismo, pois, apesar de existirem associações sindicais (uniões sindicais ou *trade unions*[87]) na Inglaterra desde o século XVII, as atividades que desempenhavam até então eram duramente reprimidas.

---

§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica."

[87] Mais sobre *trade unions* em ANTUNES (1985, p. 17).

Após o término da Primeira Guerra Mundial, o direito de sindicalização surgiu concretamente no art. 427, II, do Tratado de Versalhes, tanto para os assalariados como para os patrões, desde que não contrariassem as leis. (BARROS, 2016, p. 793).

Mais adiante, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem assentou aspectos importantes em relação ao associativismo, reconhecendo a liberdade de reunião e associação pacíficas, bem como o direito de organizar sindicatos e o direito de ingressar neles para proteger seus interesses. (BARROS, 2016, p. 793).

Dessa atuação coletiva resultaram a greve[88] e a negociação coletiva entre organizações de trabalhadores e de empregadores, criações originalíssimas do Direito do Trabalho.

Como já visto no capítulo 2, Antunes (1985, p. 48) ressalta que a greve é "forma elementar e indispensável da luta", com especial importância em relação à formação da consciência da classe trabalhadora.

Outro traço de ambiguidade que marca o Direito Coletivo do Trabalho é que ao reconhecer o direito de associação, de organização e de criação dos sindicatos, o Estado (Social), já no século XX, "apoderou-se dos institutos e das conquistas sindicais generalizando, pela via legal, normas básicas de proteção ao trabalho afastadas do ramo jurídico." (HAZAN, 2018, p. 59).

A organização coletiva dos trabalhadores e apresentação de reivindicações aos empregadores que, de início, se fazia "afrontando a lei" passa a se dar, depois da ascensão do Estado intervencionista, "sob a proteção da lei". (SILVA, 2000, p. 98).

No entanto, de forma ambígua, a lei tira a liberdade. Ao reconhecer a liberdade para a organização e atuação coletiva dos trabalhadores, a lei delimita o modo de atuação dos sindicatos via negociação coletiva e greve, conforme ditames estabelecidos pelo Estado. Confere certa previsibilidade à atuação coletiva dos trabalhadores em detrimento da espontaneidade, improviso e da surpresa, retirando a própria força dessa atuação.

3.5.1.1 Estrutura sindical brasileira a partir da Constituição de 1988

No Brasil, o Estado dá autorização constitucional para a atuação individual ou coletiva dos grupos sociais, garantindo, também, a liberdade de associação (artigo 5º, XVII da Constituição). Sobre esta liberdade assenta-se a criação dos sindicatos e o direito de autodeterminação, que assegura a não interferência do Estado na atuação sindical (artigos 5º,

[88] Como visto no capítulo 2, as greves já existiam antes, malgrado não terem a relevância e a constância que passaram a ter e que levaram à elaboração dos contratos coletivos. (VIANA, 2019).

XVIII e 8º, I da Constituição)[89], tendo sido afastada a possibilidade jurídica de intervenção do Estado, através do Ministério do Trabalho, sobre as entidades sindicais.

O fato de ser exigido registro do sindicato no "órgão competente" não constitui limitação à liberdade de associação reconhecida. Trata-se, na verdade, de uma medida para que possa ser efetivada outra regra fixada na Constituição, quanto à unicidade sindical (artigo 8º, II, CR/88): previsão obrigatória de existência de um único sindicato representativo dos empregados.

Assim, pela primeira vez, após 1930, foi afastada a possibilidade jurídica de intervenção do Estado, através do Ministério do Trabalho, sobre as entidades sindicais. A Constituição também valorizou a atuação sindical (artigos 7º, XXVI, VI, XIII, XIV; artigos 6º e 8º até 11).

No entanto, foram mantidos mecanismos e instituições de grave tradição autocrática que mantêm as direções sindicais imunes à pressão e ao controle de seus representados, inviabilizando a construção de um padrão democrático de gestão social e trabalhista no Brasil, tais como a contribuição sindical obrigatória (artigo 8º, IV) [90], que permitia ao sindicato manter-se independentemente da vontade e de decisões efetivas de seus associados.

Além disso, a Constituição de 1988 manteve o sistema da unicidade sindical (ou monismo sindical), o que significa monopólio de representação na respectiva base territorial, ou seja, a impossibilidade de ser reconhecido mais de um sindicato representativo da mesma categoria econômica ou profissional, ou profissão liberal, em uma dada base territorial.

Como explica Barros:

> A unidade sindical traduz a união espontânea em torno de um único sindicato do que ocorre na unicidade, porém não em decorrência de imposição legal, mas como uma opção, como manifestação espontânea de seus integrantes.

---

[89]"Art. 8º
[...]
I – a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical."

[90]No entanto, o custeio sindical foi objeto da Lei 13.467/17, que extinguiu a contribuição obrigatória, e da MP 808/18. A chamada contribuição sindical, antes denominada imposto sindical, foi uma criação do Decreto-Lei n. 2.377, de 1940 (alterado pelo Decreto-Lei n. 27, de 19/11/1966). Portanto, não emanou do poder do sindicato, mas do Estado, e foi imposta a toda categoria, correspondendo a um dia de remuneração do empregado, descontada na folha de pagamento de março e recolhida ao estabelecimento bancário em abril de cada ano.
Em nenhum país democrático que preza a liberdade sindical, jamais se instituiu semelhante tributação.
Por outro lado, adepto da corrente doutrinária que compreendia e aceitava a contribuição sindical, Segadas Vianna considera que tal tributo não é para que o sindicato viva à custa do Estado, mas para que seja aplicado em finalidades assistenciais, proibindo que os sindicatos o utilizem na manutenção de seus serviços normais, que devem ser atendidos pelas rendas próprias. (VIANNA, 1943).
Em que pese a crítica acerca da obrigatoriedade da contribuição sindical, é necessário registrar que esta viabilizava a existência de sindicatos pequenos e atuantes, o que foi importante na contrastante realidade brasileira.

> [...]
>
> Por fim, a pluralidade sindical consiste na possibilidade de se criar mais de uma entidade sindical, de qualquer grau, dentro da mesma base territorial, para uma mesma categoria. (BARROS, 2016, p. 821).

A base territorial mínima dos sindicatos no Brasil é o município. A Constituição não recepcionou a CLT, no ponto em que permite que o distrito municipal seja a base territorial. Mas, permite-se que seja mais ampla: intermunicipal, estadual e interestadual. Excepcionalmente, o Ministro do Trabalho pode autorizar o reconhecimento de sindicatos nacionais.

Os sindicatos têm competência para defender direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, e para celebrar contratos coletivos de trabalho, conforme dispõem os artigos 8º, III, da Constituição e 513, b, da CLT.

O critério de enquadramento sindical no modelo brasileiro se dá a partir da definição de categoria.

As empresas do mesmo setor formam a categoria econômica correspondente (sindicato da categoria econômica ou patronal). A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas constitui o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.[91]

A expressão social elementar compreendida como categoria profissional engloba dois critérios de agregação dos trabalhadores no sindicato, no Brasil.

O primeiro, por identidade profissional ou similitude de profissões, para empregados de categoria diferenciada[92], que se forma dos empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares.

---

[91] Conforme §1º do artigo 511 da CLT:
"Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.
§ 1º A solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitue o vínculo social básico que se denomina categoria econômica.
§ 2º A similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar compreendida como categoria profissional.
§ 3º Categoria profissional diferenciada é a que se forma dos empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares."
[92] Ver transcrição do artigo 511, §3º, CLT na nota nº 139 supra.

Trata-se de critério que se estende no mercado de trabalho em meio a várias e distintas empresas, atingindo apenas certos trabalhadores dessas entidades. Não é o padrão dominante no Brasil.

O segundo, por categoria profissional, que é identificada não pelo labor ou atividade exercida pelo empregado, mas pela vinculação a um tipo de empregador, conforme setor de atividade produtiva ou de prestação de serviços. Se estabelece em função da vinculação a empregadores que tenham atividades econômicas idênticas, similares ou conexas.

Além dos sindicatos, na estrutura sindical brasileira, há **federações**, que resultam da conjugação de, pelo menos, cinco sindicatos da mesma categoria profissional, e as **confederações**, que resultam da conjugação de, pelo menos, três federações (conforme artigo 535, CLT).

Como registra Delgado, as centrais sindicais[93] têm importância notável e são "componente decisivo da Democracia contemporânea", apesar de não comporem o modelo corporativista. (DELGADO, 2018, p. 1593).

O autor explica que:

> De certo, representam até mesmo o seu contraponto, a tentativa de sua superação. Porém constituem, do ponto de vista social, político e ideológico, entidades líderes do movimento sindical que atuam e influem em toda a pirâmide regulada pela ordem jurídica. (DELGADO, 2018, p. 1593).

Destacam-se entre as atividades das centrais sindicais a fixação de "linhas gerais de atuação para o sindicalismo em contextos geográficos e sociais mais amplos, como podem erigir instrumentos culturais e logísticos de grande significado para as respectivas bases envolvidas." Além disso, participam da dinâmica democrática "ao dialogarem com as grandes

---

[93] A Lei 11.648/08 dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais, nos seguintes termos:
"Art. 1º A central sindical, entidade de representação geral dos trabalhadores, constituída em âmbito nacional, terá as seguintes atribuições e prerrogativas:
I-coordenar a representação dos trabalhadores por meio das organizações sindicais a ela filiadas; e
II -participar de negociações em fóruns, colegiados de órgãos públicos e demais espaços de diálogo social que possuam composição tripartite, nos quais estejam em discussão assuntos de interesse geral dos trabalhadores.
Parágrafo único. Considera-se central sindical, para os efeitos do disposto nesta Lei, a entidade associativa de direito privado composta por organizações sindicais de trabalhadores.
Art.2 Para o exercício das atribuições e prerrogativas a que se refere o inciso II do caput do art. 1º desta Lei, a central sindical deverá cumprir os seguintes requisitos:
I-filiação de, no mínimo, 100 (cem) sindicatos distribuídos nas 5 (cinco) regiões do País;
II -filiação em pelo menos 3 (três) regiões do País de, no mínimo, 20 (vinte) sindicatos em cada uma;
III-filiação de sindicatos em, no mínimo, 5 (cinco) setores de atividade econômica; e
IV-filiação de sindicatos que representem, no mínimo, 7% (sete por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional.
Parágrafo único. O índice previsto no inciso IV do caput deste artigo será de 5% (cinco por cento) do total de empregados sindicalizados em âmbito nacional no período de 24 (vinte e quatro) meses a contar da publicação desta Lei."

forças institucionais do País, quer as de natureza pública, quer as de natureza privada." (DELGADO, 2018, p. 1593).

3.5.2 A evolução do sindicalismo e suas várias concepções

Os sindicatos, originalmente nascidos na Inglaterra, não tardaram a surgir também na França, Alemanha e Estados Unidos, atrelados ao crescente desenvolvimento das atividades industriais e à emergência do proletariado "cada vez mais forte, tanto quantitativa quanto qualitativamente" (ANTUNES, 1985, p. 22), o que proporcionou a expansão do movimento e o florescimento de greves em todo o mundo capitalista, avançando na batalha pela emancipação.

Antunes também ressalta como marco na história do sindicalismo o Congresso da Associação Internacional dos Trabalhadores, em 1866, que contou com a presença de representantes operários de todo o mundo. Além de terem sido difundidas as ideias comunistas de Bakunin, Proudhon e as ideias comunistas de Marx e Engels, foi reafirmada a importância da criação dos sindicatos, para lutar contra os ataques do capital e trabalhar conscientemente como "'[...] locais de organização da classe operária em busca do grande objetivo que é a sua emancipação radical'." (ANTUNES, 1985, p. 22).

Evidente, pois, a atuação dos sindicatos tanto no âmbito das reivindicações econômicas quanto com viés político.[94]

Uma segunda tendência do sindicalismo, precursora do anarquismo e que se auto intitulou revolucionária[95], emergiu em países como França e Itália. A ideia central desta corrente é que a sociedade não se transforma mediante atuação política e reformas, mas com a "prática da luta exclusivamente econômica, através da ação direta nas fábricas e da deflagração da greve geral", "levando ao conflito as distintas classes sociais" e a uma "possível vitória dos operários, devido à justiça de sua causa, a sua maioria numérica e a sua superioridade física". (ANTUNES, 1985, p. 23).

A terceira tendência, que ficou conhecida como sindicalismo anarquista, assim como a vertente revolucionária, nega a luta política. Apesar de negar as lutas por melhorias dentro do sistema, não nega a grande luta política pelo fim do sistema. Concentra o foco da atuação para a emancipação da sociedade exclusivamente na atuação dos sindicatos – como órgão de luta e núcleo básico, para a construção da sociedade anarquista baseada na autogestão e na negação de qualquer forma de administração estatal. (ANTUNES, 1985, p. 24).

[94] Destacam-se como exemplos de movimentos propriamente políticos: o Cartismo na Inglaterra, as Revoluções de 1848 em França e Alemanha e a célebre Comuna de Paris de 1871, eventos nos quais a participação da classe operária foi decisiva.
[95] Teve como principais teóricos Georges Sorel e Arturo Labriola (ANTUNES, 1985, p. 23).

Origina-se do *trade-unismo* inglês a corrente reformista do movimento sindical que, sem negar a atuação dos sindicatos para obter reivindicações justas, pretende “uma simples melhora da situação dos trabalhadores dentro do sistema capitalista”. (ANTUNES, 1985, p. 25).

Inspirada na Encíclica Rerum Novarum (1891, de Leão XIII) e sem romper com a concepção reformista, a corrente do sindicalismo cristão adota ampla colaboração social, mas sem transformações radicais no regime capitalista da propriedade privada. (ANTUNES, 1985, p. 28).

Com a violenta repressão ao movimento sindical e operário antifascista e intensa manipulação das massas populares, em 1927, Mussolini decretou a Carta Del Lavoro, que organizou os sindicatos italianos em moldes corporativistas (corrente corporativista), tornando-os subordinados e dependentes do Estado fascista. (ANTUNES, 1985, p. 28).

Ainda houve a corrente dos sindicatos na União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). Como explica Antunes (1985, p. 30), com a tomada do poder pela classe operária, foi necessário alterar o significado e a função dos sindicatos, que passaram a ser “organização educadora da massa operária”, atuando para dar instrução, “uma escola de governo, [...] de administração [...] de comunismo”. Ademais, como defendeu Lenin, “os sindicatos, mesmo sob o socialismo, ainda deveriam manter-se como órgão de defesa dos interesses materiais dos trabalhadores na luta pela democracia proletária.” (ANTUNES, 1985, p. 30-31).

Antunes explica que a ideia de atuação dos comunistas dentro dos sindicatos se faz com o propósito de”transformar a luta *trade-unista* numa luta mais ampla pelo fim do sistema capitalista, **aproveitando os vislumbres de consciência política que a atuação econômica introduz no operário e elevando esta consciência ao nível de uma consciência revolucionária**.” (ANTUNES, 1985, p. 30, grifo nosso)

A importância da greve para a formação da consciência da classe trabalhadora já foi objeto do capítulo 2, cabendo relembrar que:

> Durante cada greve cresce e desenvolve nos operários a consciência de que o governo é seu inimigo e de que a classe operária deve preparar-se para a luta contra ele pelos direitos do povo.
>
> [...] as greves fazem ver que só unidos podem sustentar a luta contra os capitalistas, as greves ensinam aos operários a pensar na luta de toda a classe operária contra toda classe patronal e contra o governo autocrático e policial. Por isso mesmo, os socialistas chamam as greves *escola de guerra* [...] pela emancipação de todo o povo e de todos os trabalhadores do jugo do governo e do capital. (Antunes, 1985, p. 40-41, grifo nosso).

Antunes ressalta que há outros meios de luta além da greve e que a luta sindical é "limitada na medida em que é uma luta constante pela melhoria salarial e não diretamente contra o sistema capitalista que gera o sistema de salários. A luta sindical é uma luta contra os *efeitos* do capitalismo e não contra as suas *causas.*" (ANTUNES, 1985, p. 42).

A desigualdade jamais deixará de existir na sociedade capitalista.

A distinção entre a luta econômica e a luta política, na concepção de Marx, se explica pelo fato de a primeira não ter o condão de ultrapassar o terreno econômico e, consequentemente, não romper com "as raízes do modo de produção capitalista. A classe é ainda uma 'classe em si', pois não se constitui ainda como uma força política eficaz contra o capitalismo." (ANTUNES, 1985, p. 42).

A partir do momento em que a percepção crítica da classe atinge um patamar mais avançado, que lhe permite formular um projeto político para extinguir o capitalismo e, assim, destruir os antagonismos existentes através da supressão das classes, tem-se a "classe para si". Trata-se de um "momento nitidamente político e que carece da atuação do partido revolucionário da classe operária". (Antunes, 1985, p. 42).

Assim, nesta perspectiva, é missão do partido político revolucionário "conduzir as explosões imediatas da massa visando à tomada do Estado e sua transformação em Estado socialista, onde a classe operária torna-se *classe dominante."* (Antunes, 1985, p. 42).

3.5.3 Sindicalismo no Brasil

Para compreender o momento que vive contemporaneamente o movimento sindical no Brasil e constatar qual o papel que ainda pode ter no contexto pós-reforma trabalhista que estabeleceu como diretriz a prevalência do negociado sobre o legislado, é necessário tratar da estrutura do sindicalismo no País.

A apatia do movimento sindical brasileiro não é recente, apesar dessa circunstância estar se intensificando desde a década de 1990.96

A partir do final do século XIX, foram surgindo associações de trabalhadores assalariados, não havendo, à época, ordem jurídica regulatória do sindicalismo, que se tornou relativamente estruturado em alguns segmentos (ferrovias e portos) nas primeiras décadas do século XX e em torno do parque industrial que se formava. (DELGADO, 2018, p. 1614).

Ainda sem "profunda e constante capacidade de organização e pressão" o movimento operário brasileiro ensejou as primeiras lutas no bojo do processo de transformação da economia, quando foram intensificadas as atividades industriais paralelamente à agricultura

[96] Em que pese ter acontecido a "marcha dos 100 mil", em 1997, que apontava para uma greve geral, mas não se chegou a isso.

cafeeira e no contexto de substituição da mão de obra escrava pelo trabalho assalariado.97 (DELGADO, 2018, p. 1615).

A primeira greve que eclodiu no Brasil foi a greve dos tipógrafos, em 1858, no Rio de Janeiro. Outras categorias também fizeram greves e surgiram outras formas de organização da classe operária, inclusive com a realização de congressos98 para a propagação dos ideais socialistas e com o intuito de criação de partido político, contexto em que nasceram os sindicatos no Brasil, "cujo principal objetivo era conquistar os direitos fundamentais do trabalho."99 (ANTUNES, 1985, p. 49)

À época, identificavam-se como tendências no sindicalismo brasileiro a anarco-sindicalista e a reformista.

A primeira, com presença mais forte à época, "negava a importância da luta política, privilegiando, exclusivamente, a luta dentro da fábrica através da ação direta. Repudiava ainda a constituição de um partido para a classe operária e via nos sindicatos modelo de organização para a sociedade anarquista." (ANTUNES, 1985, p. 50)

A vertente do socialismo reformista "buscava (e ainda busca) a transformação gradativa da sociedade capitalista, lutava pela criação de uma organização partidária dos trabalhadores e, em nível de Estado, utilizava-se da luta parlamentar." (ANTUNES, 1985, p. 50)

O Governo já tentava controlar o movimento sindical brasileiro à época e "lideranças governistas dentro de alguns poucos sindicatos", que "conciliavam com o Estado e nisto se diferenciavam dos anarco-sindicalistas", na medida em que estes, "ao deflagrarem greves, viam-na como um momento da 'greve geral' que destruiria o capitalismo". Aqueles eram "imediatistas e em suas greves não questionavam o sistema. Daí a sua denominação de sindicatos 'amarelos', sendo verdadeiros precursores do sindicalismo 'pelego', dada a sua obediência e subordinação ao governo". (ANTUNES, 1985, p. 52)

---

[97] Registra Antunes (1985, p. 48) que as primeiras formas de organização da classe operária no Brasil foram as Sociedades de Socorro e Auxílio Mútuo, que atuavam com vistas a prestar auxílio material aos operários em períodos de greves e de dificuldades econômicas. Tais associações foram sucedidas pelas Uniões Operárias que, com advento da indústria, passaram a se organizar por ramos de atividades e, posteriormente, deram origem aos sindicatos.

[98] E em 1892 realizou-se o I Congresso Socialista Brasileiro, cujo objetivo, que acabou não sendo atingido, era a criação de um Partido Socialista. Já nesta época as ideias de Marx e Engels penetravam no Brasil). (ANTUNES, 1985, p. 49).

[99] Em 1906 foi realizado o Primeiro Congresso Operário Brasileiro, "que lançou as bases para uma organização operária sindical de âmbito nacional, a Confederação Operária Brasileira (C.O.B.), cuja luta era direcionada para reivindicações básicas, além de uma intensa campanha de solidariedade aos operários de outros países." (ANTUNES, 1985, p. 50).

O período compreendido entre 1917 e 1920100 também foi marcado pela demonstração da combatividade operária em greves decretadas seguidamente, no contexto da crise de produção que se verificou no pós I Guerra, que levou à queda dos salários dos operários. (ANTUNES, 1985, p. 52).

No entanto, concomitantemente à atuação dos comunistas e dos anarquistas, "o Estado esboçou nova tentativa de cooptação junto a alguns setores da massa operária", o que se concretizou mediante a criação, em 1921, do Conselho Nacional do Trabalho, visando controlar os sindicatos e torná-los órgãos de conciliação entre as classes. Além disso, foi criada a Confederação Sindicalista Cooperativa Brasileira, de tendência reformista. Com isso, os "sindicatos amarelos" passaram a ser ainda mais favorecidos pelas vantagens concedidas pelo Estado republicano, que conseguiu ampliar a tendência "reformista amarela" dentro do sindicalismo. (ANTUNES, 1985, p. 52).

Em março de 1922, foi fundado, por um grupo de militantes que rompeu com a concepção anarco-sindicalista, o Partido Comunista Brasileiro (P.C.B.), com o objetivo de conduzir à revolução no Brasil. O fato marcou o início de uma nova fase do movimento operário brasileiro, organizado politicamente em um partido. (ANTUNES, 1985, p. 54-55)

Novo padrão de gestão se instala a partir de 1930 no Brasil, quando o Estado passa a adotar postura largamente intervencionista, inclusive sobre a questão social, implementando um conjunto de ações para a repressão de manifestações autonomistas do movimento operário. Nessa direção, a legislação instaurou "um abrangente novo modelo de organização do sistema justrabalhista, estreitamente controlado pelo Estado." (DELGADO, 2018, p. 1615).

Entre os aspectos que contribuíram para tanto, destaca-se que o conflito social se tornava mais ameaçador – haja vista a existência de contraponto filosófico e ideológico ao capitalismo e os efeitos da Revolução Russa de 1917.

Acerca dessa nova fase do sindicalismo brasileiro, marcada pela tentativa controlar o movimento operário e sindical aponta Hazan:

> A questão social já fazia parte dos debates políticos desde a década de 1920, quando foram desencadeados os primeiros movimentos operários mais significativos e quando foram iniciadas (mas não consolidadas) as primeiras ações governamentais em favor da industrialização. O que diferiu a política da década de 1930 foi a abrangência dada à legislação trabalhista, permitindo articular trabalho e capital

[100] Trata-se do período considerado como o auge do movimento anarquista, por ser a liderança mais significativa do movimento operário brasileiro à época. No entanto, como não admitiam a existência de um partido da classe operária, não aceitavam a política de aliança de classes com os demais setores subalternos da sociedade, houve um isolamento da luta operária, "tornando-a presa fácil do Estado e de sua força policial repressiva." (ANTUNES, 1985, p. 53-54).

> numa proposta de cooptação por parte do Estado que, assim, passaria a ser o mediador, o executor, o legislador e o julgador dos conflitos sociais. (SUPERTI apud HAZAN, 2018, p. 23).

Para a efetivação de tais objetivos, intensificou-se a produção legislativa acerca do trabalho e foi criado o Ministério do Trabalho, pois, assim, poderia ser elaborada política sindical de contenção dos operários e de conciliação entre o capital e o trabalho. (ANTUNES, 1985, p. 58)

A estrutura do sindicalismo brasileiro foi criada a partir desse marco, no governo de Getúlio Vargas, no momento em que havia a percepção sobre a necessidade de se fazer uma "composição" com a força operária que surgia desde o século XIX, aspecto evidenciado pelas greves iniciadas e com o movimento operário em ascensão.

Assim é que em 1931 foi promulgada a Lei de Sindicalização (Decreto 19.770), que contrariou a liberdade de associação sindical existente durante a Primeira República (ANTUNES, 1985, p. 59), considerada como marco da organização sindical.

Assim, passou a ser exigido que o Estado aprovasse os estatutos dos sindicatos, determinação que não foi aceita facilmente por estes.[101]

Diante disso, "suportando a coerção e a pura repressão e, ao mesmo tempo, a manipulação ideológica, os operários resistiram aos chamamentos dessa legislação sindical", tendo se multiplicado as greves, o que resultou em conquistas sociais.[102]

A atuação repressiva do Governo foi dura, prevendo o avanço popular e constatando a crescente mobilização das massas, evidenciada com a fundação, em 1935, da Aliança Nacional Libertadora, frente popular antiimperialista dirigida pelo PCB e que tinha Luís Carlos Prestes em suas fileiras e que, em poucos meses, atingiu 400.000 membros. (ANTUNES, 1985, p. 61)

Assim, em 4 de abril de 1935, foi decretada a Lei de Segurança Nacional, que "proibia o direito de greve e dissolvia a Confederação Sindical Unitária, tida como clandestina por se constituir à margem dos sindicatos oficiais". Pouco depois também foi declarada ilegal a Aliança Nacional Libertadora, o que acarretou o levante armado dos aliancistas e à intensificação da repressão pelo Governo, que decretou Estado de Sítio, culminando na prisão, deportação e morte de lideranças sindicais e fechamento de sindicatos combativos. (ANTUNES, 1985, p. 61-62).

---

[101] Somente 25% dos sindicatos de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul aceitaram as normas desta Lei". (ANTUNES, 1985, p. 60).

[102] Como a lei de férias, descanso semanal remunerado, jornada de 8 horas, regulamentação do trabalho da mulher e do menor etc.". (ANTUNES, 1985, p. 60).

Em tal contexto, com o objetivo de controlar as reivindicações operárias, intensificou-se o "processo de controle e cooptação de dirigentes sindicais por parte do Ministério do Trabalho", com a criação de uma "burocracia sindical dócil" e implantação do "peleguismo", configurando um "sindicalismo sem raízes autênticas e que permaneceu distante da classe operária durante os quinze anos da ditadura do Estado Novo." (ANTUNES, 1985, p. 62).

O Estado Novo se erigiu a partir de 1937. Dois anos depois, foi promulgado o Decreto-lei nº 1.402, que instituiu o enquadramento sindical e a determinação de reconhecimento de categorias pela Comissão de Enquadramento Sindical, vinculada ao Ministério do Trabalho. Seguiu-se, no mesmo ano, a criação da contribuição sindical compulsória - o chamado "imposto sindical", criando as "condições financeiras necessárias para a transformação dos sindicatos", que passariam a ser meros "organismos prestadores de um assistencialismo social, função esta que seria do Estado e não dos sindicatos operários" (ANTUNES, 1985, p. 63).

Tais aspectos evidenciam que no Brasil, o "compromisso fordista" se estabeleceu, a princípio, institucionalmente e não diretamente entre os membros das próprias classes, como pontua Hazan:

> O governo de Getúlio Vargas institucionalizou o movimento operário e sindical, colocando-o como uma agência de natureza pública e exigindo a não transgressão da legalidade que lhe foi imposta. [...] O Estado, ao legalizar a classe trabalhadora, tratou de calá-la: por um lado, concedeu direitos, mas, por outro, cuidou de impedir a continuidade das lutas operárias e a própria existência do sentimento de classe (ou seja, minguou a esfera justrabalhista coletiva). O privilégio conferido pela CLT aos direitos trabalhistas individuais acabou implicando a divisão da classe trabalhadora e o seu controle pelas empresas e pelo Estado. (Hazan, 2018, p. 126).

Portanto, não se tratou, de fato, de um compromisso.

A autora aponta ainda que o aspecto negativo dessa cooptação dos sindicatos não se verificou apenas no plano objetivo, do controle efetivo da organização e atuação das associações, mas também no âmbito subjetivo, vez que:

> [...] a legislação trabalhista, nos moldes em que restou estabelecida, significou ainda o despertar de uma disputa psicológica entre os próprios trabalhadores e a indução ao enfraquecimento do sindicalismo. Isso porque se propagou a ideia de que os sindicatos não mais se faziam necessários para a construção do Direito do Trabalho (os direitos trabalhistas seriam uma benesse estatal). (Hazan, 2018, p. 126)

No período seguinte, compreendido entre 1945 e 1964, "as forças democráticas da sociedade brasileira lutavam em duas frentes: no plano externo visando derrotar o nazi-fascismo e no plano nacional objetivando romper a ditadura estadonovista e caminhar para uma democracia". (ANTUNES, 1985, p. 64).

À época, destacavam-se “duas tendências oposicionistas: uma liberal e burguesa, cujos interesses econômicos estavam vinculados ao imperialismo”; a outra, “nacional e popular que buscava a constituição de uma democracia incluindo a participação efetiva das classes populares.” (ANTUNES, 1985, p. 64).

“No início dos anos 1950, sob o último Governo de Vargas, o movimento sindical atingiu novamente grande dimensão” e as greves se tornaram constantes. “Não foram poucas as manifestações por liberdades sindicais, contra a presença das forças imperialistas, em defesa das riquezas nacionais [...] e contra a aprovação e aplicação do Acordo Militar Brasil-EUA.” (ANTUNES, 1985, p. 68-69).

O início dos anos 1960 foi o ápice do avanço das lutas operárias. No III Congresso Sindical Nacional, os trabalhadores brasileiros unificaram suas forças sob uma única organização nacional de coordenação da luta sindical: o Comando Geral dos Trabalhadores (CGT), que objetivava “combater o peleguismo das Confederações Nacionais”. (ANTUNES, 1985, p. 70).

Em 1954 foi criada a União dos Trabalhadores Agrícolas do Brasil e floresceram os sindicatos rurais. Antunes registra que “o campo foi atingido pelo avanço das lutas populares, com a mobilização desde 1955, com o surgimento da primeira Liga Camponesa”, que tinha como bandeira principal a reforma agrária. (ANTUNES, 1985, p. 73-74).

Se de um lado o CGT, enquanto liderança sindical, “tinha profunda consciência dos reais interesses populares, ela não soube preparar as bases para uma resistência efetiva”. Assim, com a deposição de João Goulart em 31 de março de 1964, foi “rude o golpe sofrido pelas classes populares”, iniciando-se *a longa noite do sindicalismo brasileiro*, com o golpe militar[103], que liquidou as direções sindicais com o objetivo de “ barrar os avanços até então atingidos pela classe operária”. (ANTUNES, 1985, p. 75).

Seguiu-se a implementação na nova política econômica, criadora do arrocho salarial, acompanhada da proibição do direito de greve, com a Lei 4.330, de junho de 1964; e a flexibilização do regime da indenização por tempo de serviço, vinculado à estabilidade decenal, com a criação da opção pelo regime do FGTS, via Lei 5.102/66.

Houve resistência, especialmente no final dos anos 1970. Verifica-se então – ainda que não de forma homogênea – o ressurgimento do sindicalismo revolucionário, que propunha a mudança do sistema para que se estabelecesse a justiça social. (HAZAN, 2017a).

[103]A partir do golpe militar, ocorreram mais de 2 mil intervenções em sindicatos em um ano de ditadura. Afastaram as figuras mais combativas. No entanto, foi mantida a estrutura, que era absolutamente funcional para o controle das massas, papel que o sindicato cumpriu principalmente nas décadas de 1960/70. Nesse sentido, oferecia-se lazer, saúde entre outros e a dinâmica do capital não oferecia isso.

Na verdade, é o sindicato, em geral, que ressurge, questionando a estrutura legal vigente e o seu próprio modo de ser, e ao mesmo tempo exibindo uma nova postura. Já, naquele tempo, o capital também começa a traçar novas estratégias, dentre as quais a de incorporar funções desempenhadas pelo sindicato "pelego".

Ao reiniciar o seu movimento, buscando a reposição de suas perdas econômicas – objetivo maior das greves de 1978/79 - a classe operária deu um passo fundamental, pois, **além de fazer 'letra morta' da legislação sindical repressiva**, iniciou um processo de rompimento da política de arrocho salarial, **instaurada desde 1964** (ANTUNES, 1985, p. 91, grifo nosso).

Acerca da importância da atuação dos trabalhadores na década de 1980 para a conquista da democracia, Hazan e Hazan (2018, p. 300) registram:

> Na década de 80, a desobediência civil104 dos trabalhadores a toda essa estrutura sindical até então imposta culminou nas grandes greves contra a carestia, na luta pelo fim da ditadura e no estabelecimento de uma constituinte. Na época, as organizações sindicais eram as instituições de maior confiança do povo brasileiro, logo abaixo das igrejas. (HAZAN E HAZAN, 2018, p. 300).

O conflito social voltava a se tornar ameaçador e a incomodar de forma significativa o sistema capitalista. Assim, ante a possibilidade de se optar por um outro modelo, este cede e passa a estabelecer novos contornos para o sistema: passa a ser Estado capitalista de viés social; passa do modelo de produção essencialmente taylorista para o fordista; além de dominar a estrutura da fábrica, tenta cooptar as organizações da classe trabalhadora; divulga e reforça a ideia, para a sociedade em geral, que com a produção em massa seria possível o consumo em massa. (HAZAN, 2017a).

No entanto, por volta das décadas de 1970 e 1980, já estava ocorrendo em alguns países do mundo "a transição do capitalismo social para o liberal.

Apesar desse clima e não em razão dele, nasceu, com as greves de 1978 no ABC paulista, conjuntura em que foi criada a Central Única dos Trabalhadores (CUT), um movimento sindical que foi chamado de "novo sindicalismo".

A partir do final dos anos 1970, a luta contra um regime que proibia as greves e que não deixava quase nenhum espaço de mobilização aos operários teve repercussão considerável. Os trabalhadores estavam no centro dos acontecimentos políticos.

---

[104] Como explica Viana, "a desobediência civil tem pontos de contato com a Revolução, mas dela se diferencia, não só por ser pacífica, como pela proposta que traz". (VIANA, 1996, p. 60) O Autor complementa com a constatação de Cohen: "[...] o contestador civil aceita, enquanto o revolucionário rejeita, a estrutura da autoridade estabelecida e a legitimidade geral do sistema de leis" (COHEN apud VIANA, 1996, p. 60).

Em agosto de 1981 foi realizada a Conferência Nacional da Classe Trabalhadora (Conclat), na qual foi estabelecido o objetivo de fundar no ano seguinte, "uma central única dos trabalhadores (CUT) para ser, sem exceção, o *órgão máximo de representação dos trabalhadores brasileiros*." (ARAUJO, 2010, p. 111).

Apesar das divergências táticas e estratégicas no movimento sindical em relação à criação da CUT, que foi criada como "organização sindical que deveria ser independente dos patrões, do governo, dos partidos políticos e dos credos religiosos." (ARAUJO, 2010, p. 112).

No início de 1984, foi criada a Central Geral dos Trabalhadores - CGT, "organização independente do Estado, de partidos políticos e das organizações religiosas, tendo como objetivos 'lutar contra a exploração do capital, em busca da paz, do progresso, da democracia e da independência nacional. (ARAUJO, 2010, p. 112).

Como ressalta Araújo, o surgimento da CUT e da CGT ocorreram antes da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, antes de ser assegurada a autonomia sindical, confirmando a possibilidade de "formações triviais[105] adquirirem caráter de concorrência com o sistema edificado pelo corporativismo estatal, denominado formal." (ARAUJO, 2010, p. 113).

A Constituição de 1988 garante, no artigo 8º[106] a liberdade sindical, o que dá margem para a que seja admitida a prevalência do negociado sobre o legislado, aspecto crucial que pode afetar a gênese do Direito do Trabalho, conforme a interpretação dada aos dispositivos alterados com a Lei 13.467/17.

No entanto, naturalmente, o capital não se interessava (e não se interessa) pela efetivação dos direitos e garantias conquistados e que haviam sido reconhecidos na

---

[105] não formais.

[106] Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:'

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

Constituição de 1988. Daí por que passou a adotar todo tipo de medidas para impedir sua aplicação, acarretando contemporaneamente maior desequilíbrio na correlação de forças em relação ao que existiu na década de 1980, tema que será objeto dos capítulos 4 e 6.

O Estado e a ordem jurídica são superestruturas que atendem principalmente aos interesses da classe dominante capitalista na sociedade contemporânea, de modo a não ser viável a emancipação e a transformação da sociedade simplesmente pelo Direito.

No entanto, não há dúvidas de que a ordem jurídica pode e deve ser utilizada[107] para assegurar posições que permitam que se concretize a redução da desigualdade e a efetiva participação do povo na tomada de decisões políticas e econômicas, de modo a favorecer a solidariedade e o amadurecimento da consciência que pode levar a novos caminhos.

Daí por que alguns doutrinadores, como Almeida e Almeida ressaltam que o Direito do Trabalho não se resume à regulação sobre horas extras e verbas rescisórias, sendo também um direito de cidadania, democracia e justiça social. (ALMEID; ALMEIDA, 2016a).

No entanto, para a concretização dessas possibilidades, é imprescindível a atuação dos atores sociais, notadamente em nível coletivo, seja dos sindicatos; seja dos movimentos sociais em geral. Diante disso, se torna especialmente relevante a análise da prevalência do negociado sobre o legislado no bojo da mudança de direcionamento que a Lei 13.467/17 pretendeu impor ao Direito do Trabalho.

3.6 Princípios especiais do Direito Coletivo do Trabalho

Considerando-se que o Direito Coletivo do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho que "regula as relações inerentes à chamada autonomia privada coletiva, isto é, as relações entre organizações coletivas de empregados e empregadores e/ou entre as organizações obreiras e empregadores diretamente" (DELGADO, 2018, p. 1519), os princípios que o constituem e norteiam devem ser compreendidos a partir das funções específicas deste segmento.

Delgado ressalta as seguintes funções específicas do Direito Coletivo do Trabalho:

> **a)** geração de normas jurídicas dirigidas a normatizar os contratos de trabalho das respectivas bases representadas na negociação coletiva. Tais normas decorrem da negociação coletiva, na qual, necessariamente, atua o sindicato representante da categoria dos empregados (art. 8º, VI, CLT).
> **b)** pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva em torno da relação de emprego, mas com projeção grupal. A negociação coletiva, instrumento de

[107] e o maior problema não é falta de estuário normativo, mas de efetividade, que decorre, entre outros aspectos, da ausência de vontade política e de interpretação para a aplicação do que está estabelecido.

> autocomposição, é o meio de solução de conflitos[108] mais relevante do Direito Coletivo.
> **c)** função social e política, por ser instrumento de democratização do poder.
> **d)** função econômica, decorrente da aptidão para produzir a adequação de particularidades regionais ou históricas de regras de indisponibilidade apenas relativa. Com a negociação coletiva, esse segmento ajusta vários aspectos próprios à generalidade das leis trabalhistas a setores ou momentos específicos vivenciados no mercado laborativo, conferindo dinamismo ao próprio Direito do Trabalho. (DELGADO, 2018, p. 1530-1532).

Os princípios do Direito Coletivo são estabelecidos em torno da noção de ser coletivo e das prerrogativas e papéis assumidos por tais sujeitos no contexto de suas relações recíprocas e em face dos interesses que representam. **Ser coletivo empresarial: com ou sem representação pelo respectivo sindicato; e ser coletivo obreiro: mediante as organizações coletivas da classe trabalhadora, especialmente os sindicatos**.

3.6.1 Autonomia privada coletiva

Manus (2001, p. 102) ensina que autonomia privada coletiva é o poder das entidades sindicais de auto-organização e autorregulamentação dos conflitos coletivos do trabalho, produzindo normas que regulam as relações atinentes à vida sindical, às relações individuais e coletivas de trabalho entre trabalhadores e empregadores.

Fernandes (1980, p. 29), usa a expressão "descentralização normativa" para se referir a esta capacidade de organismos produzirem regras de conduta.

Essa capacidade se manifesta pelo estabelecimento de negociação coletiva que é a concretização da autonomia coletiva profissional. O Estado confere a grupos organizados, que são os sindicatos e as empresas, no nosso ordenamento jurídico, a capacidade de, através das negociações coletivas, fixarem normas que se aplicarão aos contratos de trabalho das categorias respectivas representadas.

Com a negociação coletiva, permite-se a transação (que não se confunde com renúncia, como já visto): redução de certos direitos tendo como contrapartida a concessão de outras vantagens.

---

[108] Também são meios de solução de conflitos (heterocomposição) a arbitragem e a sentença normativa (resulta do dissídio coletivo).
A mediação e a greve são impulsos ou estímulos que podem ocorrer durante a negociação coletiva (autocomposição) ou antes do final do processo heterocompositivo.
Além da autocomposição e da heterocomposição, a doutrina ainda menciona uma terceira modalidade: autotutela, apontando como exemplos a greve e o locaute. O locaute é a paralisação provisória das atividades empresariais pelo empregador como forma de pressionar os empregados a ceder nas negociações. É proibido pelo Direito brasileiro (art. 17 da Lei n. 7.783/89). A greve, como mencionado, atua, na verdade, como instrumento para pressionar o encontro de uma solução através de uma das duas outras modalidades de composição (Lei n. 7.783/89).

A Lei 13.467/17 promoveu alterações que mudam a dinâmica da indisponibilidade no contexto da negociação coletiva, como decorre da combinação dos arts. 611-A e 611-B, da CLT, que serão objeto dos capítulos 4 e 6 adiante.

Antes disso, apenas os direitos considerados como de indisponibilidade relativa poderiam ser transacionados.

Na Constituição há alguns incisos do art. 7º que autorizam tal medida (VI, XIII, XIV). São considerados absolutamente indisponíveis direitos que constituem o que se considera o mínimo para assegurar vida e trabalho dignos, relacionados, portanto, ao interesse público, tais como garantias pertinentes à saúde e segurança do trabalhador. A norma coletiva que ressai de acordo ou convenção coletiva, espécies de instrumentos normativos, é fonte formal do Direito do Trabalho. Não obstante ser reconhecida constitucionalmente a autonomia sindical e ser garantida a não intervenção estatal, a norma coletiva tem que respeitar direitos e obrigações garantidas aos trabalhadores e a hierarquia das normas no ordenamento jurídico.

A fixação dos limites para a transação via negociação coletiva é questão que já ensejava controvérsias antes mesmo da Lei 13.467/17 e gerava diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, com destaque para duas vertentes em extremos opostos.

A primeira considera que o sindicato, através da negociação coletiva, pode transacionar quaisquer direitos. O fundamento deste posicionamento é que o artigo 8º da Constituição dá força e prioriza a negociação coletiva. Ademais, se é possível transacionar salário, seria possível, aparentemente, transacionar qualquer outro direito. Ou pelo menos é o que se argumenta.

O segundo entendimento é o de que somente pode haver transação mediante negociação coletiva, sobre as matérias expressamente autorizadas constitucionalmente porque direitos dos trabalhadores são direitos sociais, de interesse público, ligados diretamente aos princípios constitucionais fundamentais do Estado - cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da iniciativa privada (artigo 1º, II, III e IV da Constituição) – bem como ao objetivo do Estado de buscar a formação de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I da Constituição). Por isso, não se poderia dar interpretação extensiva àquelas normas flexibilizantes.

O debate em torno dos limites da autonomia privada coletiva se intensificou após a Lei 13.467 de 2017 ter alterado e criado diversos dispositivos celetistas com vistas a permitir a prevalência do negociado sobre o legislado mesmo quando estabelecer uma condição menos

favorável ao trabalhador, na perspectiva da intervenção mínima estatal, o que será objeto do capítulo 6.

3.6.2 Princípios que tratam das relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais

Entre os princípios que regem as relações grupais características do Direito Coletivo, destacam-se:

a) Princípio da interveniência sindical na normatização coletiva

O **princípio da interveniência sindical na normatização coletiva** propõe que a validade do processo negocial coletivo se submeta à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro (sindicato).

A obrigatoriedade de participação do sindicato da categoria profissional na negociação coletiva está prevista na Constituição de 1988 (art. 8º, III e VI), com vistas a:

> [...] assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato (com garantias especiais de emprego, transparência negocial etc). (DELGADO, 2018, p. 1555).

Tal princípio atua como "princípio de resistência trabalhista" ao enunciar que "os poderes da autonomia privada coletiva, no Direito Brasileiro, passam necessariamente pelas entidades sindicais obreiras." (DELGADO, 2018, p. 1556).

Não pode a ordem jurídica conferir a particulares o poderoso veículo de criação de normas jurídicas (e não simples cláusulas contratuais) sem uma consistente garantia de que os interesses sociais mais amplos estejam sendo adequadamente resguardados.

A Lei 13.467/17 formalmente mitiga este princípio, na medida em que altera dispositivos celetistas criando regras que ampliam a autonomia individual, permitindo que o empregado transacione diretamente com o empregador quanto a direitos que somente poderiam ser objeto de negociação coletiva, ou seja, que estavam no campo da indisponibilidade absoluta no âmbito individual e relativa no âmbito coletivo.

A título de exemplo, destaca-se o disposto no art. 444, parágrafo único, da CLT, que "emancipa" o empregado a ponto de equipará-lo ao ente coletivo obreiro para o fim de validamente negociar com o patrão parcelas e direitos indisponíveis no âmbito do direito individual do trabalho, bastando, para tanto, que tenha diploma de nível superior e perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O art. 59, parágrafo 6º, da CLT, por sua vez, permite a compensação de jornada no lapso temporal de um mês por ajuste tácito ou escrito entre o empregado e o empregador, o que antes da alteração legislativa não era admitido.

b) Princípio da equivalência dos contratantes coletivos

Os sujeitos do Direito Coletivo do Trabalho têm a mesma natureza, sendo todos seres coletivos, que contam com instrumentos eficazes de atuação e pressão e, portanto, negociação.

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidades de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve etc) reduziram, no plano juscoletivo, a disparidade que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilita ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas.

Nessa linha, não se justificaria, ao menos de forma abstrata, manter a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho nas relações de Direito Coletivo do Trabalho.

No entanto, como alerta Delgado (2018, p. 1557) “essa natureza coletiva dos sindicatos deve ser real, ao invés de mera formalidade ilusória”, pois “os sindicatos de trabalhadores têm de ostentar solidez e consistência, com estrutura organizativa relevante, além de efetiva representatividade no que diz respeito à sua base profissional trabalhista.”

Assim, deve-se analisar, à luz do princípio da primazia da realidade sobre a forma, se a presunção de equivalência e de paridade de armas entre o sindicato profissional e o ente coletivo empregador segue sendo aplicada nas negociações coletivas contemporâneas no Brasil. O contexto pré-reforma trabalhista já evidencia uma situação absolutamente desfavorável para o sindicalismo, notadamente a partir da década de 1990, que se agudizou no cenário pós vigência da Lei 13.467/17 e da Medida Provisória 808/19, em virtude do notório boicote à atuação dos sindicatos, sendo o açoite mais representativo o abrupto corte do custeio sindical.

Tais aspectos serão abordados nos capítulos 4 e 6.

c) Princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas

As duas faces do **princípio da lealdade e transparência nas negociações coletivas** - lealdade e transparência, são premissas essenciais ao desenvolvimento democrático eficaz do próprio processo negocial coletivo.

A ideia é a de que não se pode neste contexto invocar o princípio tutelar, próprio ao Direito Individual, para negar validade a certo dispositivo ou diploma anteriormente celebrado na negociação coletiva, pois as partes são teoricamente equivalentes. (DELGADO, 2018, p. 1562).

Em derivação ao princípio da lealdade e boa-fé na negociação coletiva, não seria válida a greve em período de vigência de diploma coletivo negociado, em vista da pacificação traduzida por esse próprio diploma.

3.6.2 Princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídicas das normas produzidas pelos contratantes coletivos

Quanto aos princípios que regem as relações e efeitos das normas produzidas mediante negociação coletiva com as normas heterônomas tradicionais do Direito Individual do Trabalho, Delgado (2018, p. 1563) ressalta os seguintes:

a) Princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva

Traduz a noção de que os processos negociais coletivos, com a participação do sindicato dos trabalhadores, e seus instrumentos têm real poder de criar norma jurídica, em harmonia com as normas heterônomas estatais.

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva "consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho", como explica Delgado (2018, p. 1563), para quem "a criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas."

b) Princípio da adequação setorial negociada

O princípio da adequação setorial negociada trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva, ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva e as normas jurídicas heterônomas estatais. (DELGADO, 2018, p. 1565).

À luz de tal princípio, as normas autônomas juscoletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhista desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados.

Como sintetiza Delgado (2018, p. 1566), são dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos

superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Assim, são parcelas de indisponibilidade relativa as que "assim se qualificam quer pela natureza própria à parcela mesma; quer pela existência de expresso permissivo jurídico heterônomo a seu respeito." (DELGADO, 2018, p. 1567).

Por outro lado, como já visto, não podem ser objeto de transação, ainda que pela via negocial coletiva, os direitos considerados como absolutamente indisponíveis, que consubstanciam as parcelas:

> [...] imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização adequada deferível ao trabalho (arts. 1º, III e art. 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de saúde e segurança no ambiente do trabalho. (DELGADO, 2018, p. 1567).

O limite, ou patamar civilizatório mínimo, está dado, essencialmente, por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas:

> as normas constitucionais em geral (respeitadas as ressalvas parciais feitas na própria Constituição); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (art. 5º, §2º, CR/88); normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc)". (DELGADO, 2018, p. 1566, grifo nosso).

3 O DISCURSO DE RESGATE DA AUTONOMIA DO DIREITO CIVIL NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO: ***COLOCANDO OS CAMINHOS NO MESMO CURSO?***

3.1 Introdução

Nas últimas décadas tem ocorrido a substituição dos direitos e garantias pelo que agora se denominam "liberdades", entre as quais se destaca a liberdade de trabalhar que, como tal, não exigiria políticas públicas de intervenção. (FLORES)

Como será demonstrado mais adiante neste capítulo, trata-se da proposta de resgate do Estado Mínimo, com a privatização do Direito do Trabalho, sob o discurso de que o "excesso de rigidez destrói empregos" (PASTORE, 1994, p. 403), e de que seria necessário buscar a sobrevivência da economia global, para a qual este ramo jurídico sempre teria sido um empecilho.

Como explica Almeida (2016b, p. 11), o discurso é o de que a flexibilização permitiria combater o desemprego, eis que viabilizaria a manutenção dos empregos existentes, além de resultar na criação de novos postos de trabalho, bem como frear o crescimento do mercado de trabalho informal, pois haveria menos custos para o empregador. Também permitiria frear o intervencionismo estatal, na medida em que se resgataria a autonomia da vontade para as partes, viabilizando a adequação das condições de trabalho à realidade, atendendo também à necessidade de sobrevivência da empresa em um mercado globalizado.

A partir do ano de 2016 intensificou-se no Brasil a discussão acerca da reforma trabalhista e do seu carro-chefe: a proposta de prevalência do negociado sobre o legislado, a pretexto de que daria maior autonomia às partes e aos sindicatos para a definição do conteúdo do contrato de trabalho.[109] O contexto que é apresentado, de grave crise econômica, tenta fazer transparecer a imperiosidade de mudanças nas relações de trabalho, com o distanciamento do Estado na regulamentação destas, sob o pretexto de que assim haverá modernização no mundo laboral, de modo a contribuir para o desenvolvimento econômico do país e, com isso, aumentar a geração de emprego e a renda do trabalhador, dando maior segurança jurídica às relações.

A negociação coletiva e a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado não são novidades no âmbito do Direito do Trabalho. A negociação coletiva, historicamente, antecede o surgimento desse ramo jurídico, que tem como característica peculiar, justamente, a possibilidade de os próprios destinatários das normas participarem da elaboração de parte

[109] Do ponto de vista formal, a autonomia passou mesmo a existir, o que não significa que seja efetiva, como será abordado adiante.

destas. O princípio da autonomia coletiva, tradicionalmente, sempre guardou estreita relação com os princípios da norma mais favorável e da adequação setorial negociada.

Ocorre que a proposta de retirada dos limites determinados de forma heterônoma para a negociação coletiva, que se concretizou com a reforma trabalhista[110], é trazida num contexto em que o sindicalismo está em crise, o que revela a impossibilidade, no momento e no modelo atual, de os sindicatos da classe trabalhadora negociarem, com paridade de armas, com o empresariado.

A inovação abrange tanto o âmbito do direito coletivo quanto o individual, ainda que em parte, o que enseja abordagens diferentes acerca da questão, apesar de um aspecto gerar impactos diretos no outro.

A discussão "ganhou espaço no discurso trabalhista da década de 1990, no mesmo período em que se pretendeu a extinção da Justiça do Trabalho, e que retorna agora com vigor". O "negociado sobre o legislado", ideia já apresentada sob diferentes roupagens, representa a tentativa neoliberal de eliminar a proteção das normas fundamentais trabalhistas." (SEVERO, 2015, p.1),

No governo Fernando Henrique Cardoso, foi apresentado e arquivado por pressão social o projeto de lei nº 5.483/01 (PLC 134/01)[111], que propunha a alteração do art. 618 da CLT.

Decorridos aproximadamente dez anos do arquivamento daquele projeto, foi apresentada, pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABCD Paulista e pela Central Única dos Trabalhadores (CUT), proposta identificada como Acordo Coletivo de Trabalho com Propósito Específico (ACE)[112], que, de acordo com o SITRAEMG e outros sindicatos e juristas, foi feita em "piores moldes do que o apresentado por FHC", representando "apoio aos interesses patronais em detrimento aos da classe trabalhadora, num explícito conflito de interesses, pois não há como servir a Deus e a Mamon simultaneamente." (SINTRAEMG, 2016, p. 5-6).

---

[110] Com as alterações decorrentes da Lei nº 13.467, em vigor desde 11/11/2017; e com da Medida Provisória nº 808 de 2017, passaram a constar na CLT os artigos 611-A e 611-B, que têm relação direta com o tema.

[111] Esse projeto foi retirado de pauta em 2003 e arquivado em face da aprovação da Mensagem 78/03, enviada ao Congresso pelo presidente Lula. (QUEIROZ, 2016)

[112] Em setembro de 2011, o Sindicato dos Metalúrgicos do ABC paulista entregou ao governo federal um projeto chamado Acordo Coletivo Especial (ACE), elaborado a partir de seminários realizados com especialistas e as entidades patronais, a Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP) e a Confederação Nacional da Indústria (CNI). O anteprojeto ensejou o PL 4.193/2012.

Posteriormente, retornou à cena, em um "enxerto" inserido na Medida Provisória nº 680 de 2015, que instituiu o Plano de Proteção ao Emprego.[112] O artigo, incorporado ao projeto que pretende converter em lei essa medida provisória (Projeto de Lei de Conversão 18/2015), altera a redação do 611 da CLT, para acrescentar parágrafos que autorizam a prevalência de condições estabelecidas em normas coletivas, em detrimento dos direitos mínimos contidos na CLT. (SEVERO, 2015)

Como explicam Viana e Gomes, a proposta visava regulamentar os comitês sindicais na empresa (CSE) e ao mesmo tempo lhes conferir o poder de negociar aspectos da legislação trabalhista. (VIANA; GOMES, 2013).

Com isso, estaria sendo resgatada uma velha bandeira da classe trabalhadora, de cogestão no estabelecimento e, em certa medida, unida a uma aspiração mais recente da classe patronal. (VIANA; GOMES, 2013).

Apesar da visão de parte do sindicalismo de que a proposta evidenciaria conflito de interesses, houve adesão de outra parte - a maioria, sob a justificativa de que entre os efeitos possíveis, estaria o de "partilhar o próprio poder diretivo, democratizando-o", além de poder ser útil para "negociar aspectos não constantes da lei ou do contrato", servindo para criar "limites inéditos ao comando patronal" e para aumentar "a efetividade do Direito - seja qual for a sua fonte". (VIANA; GOMES, 2013).

Além disso, como destacam Viana e Gomes (2013), entre os efeitos esperados pela parte do sindicalismo que aderiu ao projeto é que os empregados se politizassem e se envolvessem mais uns com os outros, "fortalecendo os enfraquecidos laços de solidariedade".

Em 2016, foi apresentado o projeto de lei nº 6.787/2016, no qual a proposta de prevalência do negociado sobre o legislado, veiculada por meio da inserção do art. 611-A da CLT, significa admitir que a pactuação coletiva poderá se sobrepor à legislação vigente de forma mais abrangente do que se admitia, independentemente de se tratar de norma mais favorável ao trabalhador.

A reapresentação da proposta que já tinha sido cogitada em outras oportunidades se fez, porém, diante de um cenário político hostil e predatório, que não hesitava em aprovar retrocessos sociais. (SEVERO, 2015, p.1).

Tal fato foi confirmado com a aprovação da Lei nº 13.467, em vigor desde 11 de novembro de 2017, instrumento da reforma trabalhista no Brasil, que constitui uma pequena resposta do legislador brasileiro a algo muito maior; uma tendência de décadas, relacionada às crises e evolução do capitalismo a partir do século XX e da nova razão do mundo que se estabeleceu em decorrência da racionalidade política global que se construiu sob a perspectiva neoliberal.

Daí a necessidade de compreender de que maneira esses fatores impactam as relações laborais para, então, identificar se a dimensão contemporânea da autonomia privada individual e coletiva é efetivamente capaz de trazer elementos a colaborar para a solução dessa tensão entre o capital e o trabalho no Brasil.

3.2 Os ciclos do capitalismo e a origem da proposta de flexibilização precarizante do Direito do Trabalho

3.2.1 O ciclo do capitalismo a partir do século XX

Como ressaltado no capítulo 3, o Direito do Trabalho no Brasil passou a ser objeto de significativa regulação em decorrência do novo padrão de gestão que se instalou a partir de 1930 no País, quando o Estado passou a adotar postura largamente intervencionista, inclusive sobre a questão social.

No entanto, paralelamente ao amadurecimento do Direito do Trabalho e do sistema de proteção social no País e no mundo, o capitalismo também passava por metamorfoses que influenciaram diretamente os rumos dessa regulamentação, haja vista que, como ressalta Antônio Gramsci (apud HARVEY, 2017, p. 121), "os novos métodos de trabalho 'são inseparáveis de um modo específico de viver e de pensar e sentir a vida'".

Na perspectiva das tendências organizacionais e inovações decorrentes do processo iniciado com a revolução industrial, Henry Ford contribuiu para a evolução do sistema de produção ao racionalizar as tecnologias existentes e adotar a divisão do trabalho a partir de linha automática de montagem de carros, fazendo o trabalho chegar ao trabalhador numa posição fixa, obtendo, assim, ganhos de produtividade. (HARVEY, 2017, p. 121).

O *fordismo* – como ficou conhecido esse novo sistema de reprodução da força de trabalho – viabiliza a produção (e, consequentemente, o consumo) em massa e "uma nova política de controle e gerência do trabalho, uma nova estética e uma nova psicologia, em suma, um novo tipo de sociedade democrática, racionalizada, modernista e populista." (HARVEY, 2017, p. 121).

O binômio *taylorismo/ fordismo* é expressão que se refere ao processo de trabalho de sistema produtivo adotado de forma maciça na grande indústria durante o século XX, principalmente, a partir da segunda década. Tal processo era baseado "na produção em massa de mercadorias, que se estruturava a partir de uma produção mais *homogeneizada* e enormemente verticalizada" (ANTUNES, 2005, p. 37), na qual havia a divisão e fragmentação de tarefas no processo produtivo, de modo que o trabalhador realizava, repetidamente, uma função específica, uma parcela do todo.

Antunes explica que:

> [...] a introdução da organização científica taylorista do trabalho na industria automobilística e sua fusão com o fordismo acabaram por representar a forma mais avançada de racionalização capitalista do processo do trabalho ao longo de várias décadas do século XX, sendo somente entre o final dos anos 60 e início dos anos 70

> que esse padrão produtivo, *estruturalmente comprometido*, começou a dar sinais de esgotamento. (ANTUNES, 2005, p. 38).

Após a crise de 1929, verificou-se grande transformação nos países ocidentais desenvolvidos, tendo sido experimentada uma onda de lutas "sob a liderança de parcela da classe trabalhadora empregada nas grandes empresas industriais, [...] que, em parceria com partidos políticos progressistas, conquistou o direito do trabalho impositor dos limites à exploração capitalista." (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 12).

A partir de tal período também ganharam prestígio as vertentes reformistas do sistema capitalista, sobretudo a teoria de John Maynard Keynes.

Os Estados Unidos se estabeleceram como novo centro do mundo a partir de 1940 e "o *american way of life* se generalizou rapidamente pelo consumo de bens e de serviços do que a descentralização da produção de manufatura pelo mundo." (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 25)

Em tal contexto surgiu o Estado de Bem-Estar Social, que marcou a fase do primado do trabalho e do emprego na vida social e representou uma das maiores conquistas da democracia no mundo ocidental capitalista:

> Por meio da centralidade do trabalho e do emprego, a nova matriz cultural submetia a dinâmica econômica do capitalismo a certa função social, ao mesmo tempo que restringia as tendências autofágicas, destrutivas, irracionais e desigualitárias que a história comprovou serem inerentes ao dinamismo normal desse sistema econômico.
>
> [...] O emprego, regulado e protegido por normas jurídicas, desponta, desse modo, como o principal veículo de inserção do trabalhador na arena socioeconômica capitalista, visando propiciar-lhe um patamar consistente de afirmação individual, familiar, social, econômica e, até mesmo, ética. (DELGADO, 2006, p. 28).

Delgado explica o que o economista francês Dominique Plihon considera serem os três pilares da sociedade e economia capitalistas nos países industrializados ocidentais no período a partir de 1945, que durou, aproximadamente, três décadas e ficou conhecido como os anos gloriosos[113] do capitalismo:

> a) uma "relação salarial fordista" fundada em um "compromisso capital-trabalho", apto a organizar "a divisão dos ganhos de produtividade provenientes da organização científica do trabalho", dando origem a uma "rápida e regular evolução dos salários";
>
> b) a existência de políticas públicas concertadas de "estabilização macroeconômica, de inspiração keynesiana", que tinham o condão de garantir uma "progressão regular da demanda direcionada às empresas";
>
> c) a administração ou o controle sobre os sistemas financeiros, viabilizando o financiamento bancário competitivo e eficiente das forças econômicas, mediante

[113] A expressão é de Hobsbawm.

> taxas de juros baixas, submetidas às autoridades monetárias. (DELGADO, 2006, p. 79).

Regendo essa realidade, surgiu, por sua vez, um modelo de Direito: tutelar, abrangente, com regras precisas e irrenunciáveis, valendo sempre a mais favorável[114]. Também para esse Direito, os anos eram *gloriosos*; daí apontarem, como um de seus princípios, a marcha sempre avante, o progresso *sem volta*.

Assim, mesmo em países que não tiveram real experiência de Estado de Bem-Estar Social, o primado do trabalho e do emprego incorporou-se à cultura jurídica. Foi o que ocorreu no Brasil, que mesmo sem ter passado por tal experiência, incorporou muito tempo depois, algumas das suas diretrizes, entre as quais se destaca a valorização social do trabalho, inserida na Constituição da República de 1988 e a dignidade humana como princípios estruturantes do ordenamento jurídico, o que ainda não havia ocorrido, apesar da menção na Constituição de 1946.

Malgrado a proposta do chamado Estado de Bem-Estar Social e de ter se verificado um "ciclo de prosperidade [...] com elevação das condições de vida para o conjunto da classe trabalhadora" (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 12), a desigualdade social jamais deixou de existir, até porque a exploração é o meio pelo qual se concretiza o objetivo do modo de produção capitalista: acumulação. Assim, pelas próprias características inerentes ao capitalismo, mesmo à época dos *anos gloriosos* não se chegou a superar as contradições.[115]

Como afirma André Gorz:

> Se o desenvolvimento capitalista tornou o nível operário de vida relativamente mais tolerável, sob o aspecto do consumo individual, tornou a condição operária mais intolerável ainda sob o prisma dos relacionamentos de produção e de trabalho, isto é, de alienação no sentido mais amplo, não apenas de exploração, mas também de opressão, de desumanização. (GORZ, 1968, p. 37).

Nas últimas décadas do século XX, foi desencadeado um processo de desconstrução cultural que continua refletindo no Brasil e no mundo - haja vista as reformas trabalhistas e previdenciárias em diversos países. Trata-se de processo ligado às contradições do próprio capitalismo: a eficiência , levando a produção a superar o consumo; e a potencialização da resistência operária, haja vista que a fábrica que reúne trabalhadores os une na luta.

---

[114] A ideia não era só evitar abusos – mas forçar admissões: impedido de alterar o contrato, e de despedir sem motivo, o patrão teria de admitir outro para cada função que surgia (A propósito, c.f. Tamajo, 1989, pág. 223).

[115]Como exposto no capítulo 3, pós II Guerra Mundial, nos países capitalistas avançados, erigiu-se o compromisso fordista ou compromisso social-democrata a partir do processo de trabalho *taylorista/ fordista* e da gestação da política keynesiana, que acabou por converter o movimento operário em *engrenagem* do poder capitalista, cogestor do processo global de reprodução do capital. (ANTUNES, 2007, p. 38-39).

Viana destaca que o "modelo começou a dar sinais de esgotamento já no fim dos anos 60, quando dois fenômenos se articularam, nos países avançados, potencializando a crise.

> Um deles foi uma onda de rebeliões da classe trabalhadora, que – rompendo o pacto fordista – queria a sua cota pela riqueza construída durante as décadas anteriores, e ao mesmo tempo voltava a questionar o poder diretivo, exigindo cogestão.
>
> O outro fenômeno foi a queda nas taxas de lucros, provocada pela defasagem entre a produção e o consumo. Tal como já ocorrera no início do século, mas em dose maior, essa queda levou os investimentos para o mercado de papéis, provocando recessão e desemprego.[116] (VIANA, 2004, p. 205).

Assim, o capitalismo começou a passar por momentos de crise estrutural: o ciclo do processo de reconstrução do pós-guerra chegou ao fim; houve estagnação do consumo, impossibilitando a manutenção da taxa de acumulação de capital; estagflação e inflação inéditas; crise fiscal, flutuação da moeda, mundialização do capital.

A tais fatores, somaram-se o aumento dos problemas com a crise do petróleo no início da década de 1970 e aumento generalizado da pobreza, agravando a retração do consumo.

Tais aspectos criaram um ambiente propício para especulação pelo capital financeiro, como pontua Robert Brenner:

> Em primeiro lugar, o grande deslocamento do capital para as finanças foi a consequência da incapacidade da economia real, especialmente das indústrias de transformação, de proporcionar uma taxa de lucro adequada. Assim, o surgimento de excesso de capacidade e de produção, acarretando perda de lucratividade nas indústrias de transformação a partir do final da década de 60, **foi a raiz do crescimento acelerado do capital financeiro a partir do final da década de 70**. [...] As raízes da estagnação e da crise atual estão na compressão dos lucros do setor manufatureiro que se originou no excesso de capacidade e de produção fabril, que era em si a expressão da acirrada competição internacional. (BRENNER apud ANTUNES, 2005, p. 30, grifo nosso).

A fase notoriamente industrial do capitalismo abre espaço para o chamado capitalismo financeiro ou pós-industrial, com o marcante aumento do fluxo de investimento em operações do mercado financeiro, ante a possibilidade de obter maiores lucros do que pela produção de bens e serviços.

A globalização também contribuiu para a crise do modelo fordista-keynesiano, ao mesmo tempo que poderia representar alternativa para superar a estagnação do consumo.

Delgado explica que a globalização corresponde a uma fase do sistema capitalista, que se caracteriza "por uma vinculação especialmente estreita entre os diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar como parâmetro relevante para o

[116] A propósito, observa Beluzo que a fórmula marxiana de D-M-D' (o dinheiro se transformando em mercadoria, e esta gerando mais dinheiro) evolui para um D dobrado sobre si mesmo, numa espécie de "reprodução hermafrodita".

mercado a noção de globo terrestre e não mais, exclusivamente, nação ou região." (DELGADO, 2006, p. 12).

A globalização tem como pressupostos a generalização ampliada dos sistemas econômicos capitalistas, a nova revolução tecnológica e a hegemonia financeira especulativa (liderança do capital que se multiplica com o próprio jogo especulativo, sem compromisso relevante com a noção de produção, sobre os demais segmentos do próprio capitalismo).

Como resposta a estes fenômenos e às crises do modelo de Estado de Bem-Estar Social e do próprio capitalismo foi iniciado um **"processo de reorganização do capital e de seu sistema ideológico e político de dominação".** (ANTUNES, 2005, p. 31).

Antunes ressalta que os contornos mais evidentes dessa reorganização do capital foram: "o advento do neoliberalismo, com a privatização do Estado, a desregulamentação dos direitos do trabalho e a desmontagem do setor produtivo estatal". (ANTUNES, 2005, p. 31).

Num movimento cíclico e aproveitando-se da crise do modelo *fordista/taylorista,* houve uma **readequação da ideologia** aos tempos recentes, ganhando força o liberalismo readequado (Frederich Hayek e Milton Friedman), que busca dar respaldo à hegemonia do capital financeiro especulativo e tem como proposta severa redução dos investimentos e gastos do Estado, exceto aqueles correspondentes à reprodução do próprio capital financeiro especulativo.

Assim, o modelo pretende o redirecionamento da atuação dos Estados nacionais, de modo a garantir a estreita vinculação e suas economias ao mercado globalizado. Também propugna a mitigação de políticas sociais, inclusive trabalhistas, em favor do exercício cada vez mais desregulado do mercado de bens e serviços.

A ideologia neoliberal ganhou mais força ainda em virtude do domínio político de significativo prazo de importantes lideranças (no final dos anos 70 até início da década de 90), em nações de decisiva influência política e cultural no mundo.

Em tal período, no ocidente, triunfou política qualificada, ao mesmo tempo, de "conservadora" e "neoliberal", simbolizada pelos nomes de Ronald Reagan e Margaret Thatcher, de ruptura com o "welfarismo" da social-democracia. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 193).

Tais lideranças foram marcadas pela repressão aos movimentos sindicais, que constituíam uma ameaça à proposta de redução de custos da mão de obra, para que os lucros voltassem a atingir os patamares desejados.

Esses aspectos, associados à disseminação do discurso, por todas as mídias e segmentos sociais, de que seria inviável manter o modelo intervencionista, permitiram a sedimentação e generalização da influência do liberalismo readequado.

Para tanto, eram difundidos “slogans frequentemente simplistas dessa nova direita ocidental”, que propugnavam que “as sociedades são sobretaxadas, super-regulamentadas e submetidas às múltiplas pressões de sindicatos, corporações egoístas e funcionário públicos.” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 193).

A mudança não consistia em “simples restauração do ‘puro’ capitalismo de antigamente e do liberalismo tradicional”, mas em alteração radical do “modo de exercício do poder governamental, revelando uma “subordinação a certo tipo de racionalidade política e social articulada à globalização e à financeirização do capitalismo”. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 190).

Nesse sentido, Hazan pontua, se referindo, principalmente ao que se verificou a partir da década de 1970, que “o capitalismo vem gestando a partir da II Guerra Mundial uma forma de dominação através da economia **para o domínio total do estado e da sociedade** e culminou em vários documentos expedidos por seu gestores, como o 'Documento 319'[117] expedido pelo Banco Mundial.” (HAZAN, 2017a). O referido documento foi divulgado em 1996 e propugna a ampliação da intervenção do Banco Mundial no Brasil, mediante políticas micro e macroeconômicas e modificações no setor jurídico, principalmente sobre o Poder Judiciário, em favor do mercado.

Daí ser identificada como “a grande virada”, a transformação ocorrida a partir do final da década de 1970, “mediante a implantação geral de uma nova lógica normativa capaz de incorporar e reorientar duradouramente políticas e comportamentos numa nova direção”, [...] “com reengajamento político do Estado sobre novas bases, novos métodos e novos objetivos.” (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 190).

A virada dos anos 1970-1980 foi gestada e acompanhada por ideologia contrária ao Estado de Bem-Estar que se somou à crise do capitalismo.

---

[117] É através do Documento Técnico 319, de título: 'O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma', de 1996, que o Banco Mundial amplia sua intervenção no Brasil, passando a ditar, além das políticas micro e macroeconômicas, que as modificações no Setor Jurídico deveriam serem realizadas a favor do mercado. Dentre elas, sugere-se a quebra do monopólio do Judiciário na prestação jurisdicional, reforçar as garantias ao direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico do setor privado, tolhendo a capacidade do Judiciário de garantir direitos e liberdades quando confrontarem as necessidades do capital.
Os relatórios de n.º 19, de 1997 – “O Estado num mundo em transformação” – e o de n.º 24, de 2002 – “Instituições para os mercados” e ainda a Conferência do Banco sobre o Judiciário, realizada em 2000, enfatizam e reforçam o papel do Judiciário diante dos novos acontecimentos e a remodelação do mercado.” (LEÃO, 2008)

Além da "conversão dos espíritos" (com destaque para o fator psicológico e a internalização do processo), foi necessária a mudança de comportamento, tendo sido essenciais "técnicas e dispositivos de *disciplina* [...] de sistemas de coação, tanto econômicos como sociais, **cuja função era obrigar os indivíduos a governar a si mesmos sob a pressão da competição***",* que foram progressivamente ampliados e codificados institucionalmente. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 193; 197, grifo nosso).

Erigiu-se, assim, um "sistema disciplinar mundial", representado, "em formulação mais condensada" pelo "Consenso de Washington", que "se estabeleceu na comunidade financeira internacional como um conjunto de recomendações que todos os países deveriam seguir para conseguir empréstimos e auxílios", bastante difundido pelo Fundo Monetário Internacional (FMI) e pelo Banco Mundial. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 197).[118]

> Com isso, tornou-se mais evidente que os Estados passaram a ser *peões* no jogo da concorrência mundial imposto pelo neoliberalismo, presos ao sistema e reproduzindo internamente essa concorrência, criando condições que submetem a grande maioria da população a piores condições de trabalho e de vida. Para as economias frágeis, mais delicada é a situação, por ser ainda maior a pressão e mais nefastos os efeitos das políticas neoliberais internamente.
>
> As economias mais frágeis tiveram, em sua maioria, de obedecer às recomendações desses organismos para conseguir ajuda ou, ao menos, "aprovação", a fim de melhorar sua imagem diante dos credores e dos investidores internacionais.
> [...]
> Os Estados tornaram-se elementos-chave dessa concorrência exacerbada, procurando atrair uma parte maior dos investimentos estrangeiros pela criação de condições fiscais e sociais mais favoráveis à valorização do capital. Assim, contribuíram amplamente para a criação de uma ordem que os submete a novas restrições que, por sua vez, levam a comprimir salários e gastos públicos, reduzir "direitos adquiridos" considerados muito onerosos e enfraquecer os mecanismos de solidariedade que escapam à lógica assistencial privada. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 198-199).

Assim, verificou-se a instauração de uma racionalidade geral, imposta aos governantes como único caminho, como se tivesse chegado "o fim da história".[119]

Com vistas a docilizar e introjetar o sistema normativo nos indivíduos, "o Estado constrói as molas da moralidade individual", de modo a "provocar na população a opinião de que a política do 'Estado de bem-estar' se tornou particularmente onerosa." (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 210)

---

[118] Como destacam DARDOT e LAVAL (2016, p. 197): "Entre as dez recomendações da nova norma mundial, encontramos: disciplina orçamentária e fiscal (respeito ao equilíbrio orçamentário e diminuição dos descontos obrigatórios e taxas de impostos), liberalização comercial, com supressão das barreiras alfandegárias e fixação de taxas de câmbio competitivas, abertura à movimentação de capitais estrangeiros, privatização da economia, desregulamentação e criação de mercados concorrenciais e proteção aos direitos de propriedade, em particular à propriedade intelectual dos oligopólios internacionais."

[119] Como já visto, a expressão, originariamente em inglês, é de Fukuyama.

O Estado impõe "interdições definitivas com respeito ao uso de certas alavancas de ação sobre o nível de atividade, mas ao mesmo tempo, constrangendo os agentes a interiorizá-las", como se agissem mediante uma "corrente invisível" (expressão de Bentham), obrigando-os a se comportarem como indivíduos em competição uns com os outros. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 220).

Mais do que isso, em defesa dos interesses capitalistas é disseminada a ideia de que "os dispositivos do Estado social são profundamente nocivos à criatividade, à inovação, à realização pessoal". Nessa perspectiva da sociedade de risco, é alimentado o discurso de que "o indivíduo é o único responsável por seu destino, a sociedade não lhe deve nada; em compensação, ele deve mostrar constantemente seu valor para merecer as condições de sua existência. [...] A palavra chave da sociedade de risco[120] é 'autorregulação'." (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 213).

Nessa perspectiva, ganham força medidas que visam a reconhecer mais liberdade aos atores privados, o que constitui diretriz da Lei 13.467/2017, principal instrumento da reforma trabalhista no Brasil.

Nesse contexto em que o neoliberalismo ganhava força e passava a dar os contornos da reorganização do capital, com o desmantelamento do Estado social, a privatização do Estado, a desregulamentação do Direito do Trabalho e a desmontagem do setor produtivo estatal, seguiu-se, também, intenso processo de reestruturação da produção e do trabalho.

A essa altura, o avanço da tecnologia – uma das marcas da III Revolução Industrial – já havia levado ao desenvolvimento da microeletrônica, da robótica e da *internet*, e também acarretava mudanças no modo de produzir e, consequentemente, nas relações entre capital e trabalho, visto que inúmeros postos de trabalho passaram a ser ocupados por máquinas e robôs.

Quanto ao modo de produzir, abriram-se, pelo menos, dois caminhos.

O primeiro, precarizante, foi seguido pelos chamados tigres asiáticos e consiste na cultura do vencer a qualquer preço. Nesse sentido, Viana explica que em tais países "implantou-se a cultura do vencer a qualquer preço, quase sempre à custa de jornadas

[120] Como explicam Dardot e Laval, "Essa sociedade de risco tornou-se uma daquelas evidências que acompanham as mais variadas propostas de proteção e seguro privados. Um imenso mercado de segurança pessoal, que vai do alarme doméstico aos planos de aposentadoria, desenvolveu-se proporcionalmente ao enfraquecimento dos dispositivos de seguros coletivos obrigatórios, reforçando por um efeito de circuito-fechado o sentimento de risco e a necessidade de se proteger individualmente. Por uma espécie de ampliação dessa problemática do risco, algumas atividades foram reinterpretadas como meios de proteção pessoal. É o caso, por exemplo, da educação e da formação profissional, vistas como escudos que protegem do desemprego e aumentam a 'empregabilidade'". (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 213).

extenuantes, governos autoritários, legislação precária e sindicatos reprimidos". (VIANA, 1997, p. 135).

O segundo, de reorganização produtiva, em muitos casos baseada na produção em rede – com destaque para a terceirização, e no modelo toyotista de produção, no qual prevalecia a busca pela "empresa enxuta", com eliminação de estoques e esperas (just in time), no qual a cadeia produtiva deixava de ser verticalizada para ser horizontalizada e padronizada, com empregados polivalentes.

Como explica Alves, o Toyotismo:

> [...] é uma "ideologia orgânica" do novo complexo de reestruturação produtiva do capital que encontra nas novas tecnologias da informação e comunicação e no sociometabolismo da barbárie, a materialidade sociotécnica (e psicossocial) adequada à nova produção de mercadorias. Existe uma intensa sinergia entre inovações organizacionais, inovações tecnológicas e inovações sociometabólicas, constituindo um novo empreendimento capitalista que coloca novos elementos para a luta de classes no século XXI. Esta é a marca de cooperação complexa da nova produção do capital. (ALVES, 2011, p. 42).

Acerca da reorganização produtiva, Viana ressalta que

> [...] ao invés de se organizar verticalmente, como fazia antes, a empresa moderna passa a se horizontalizar, jogando para as *parceiras* várias etapas de seu ciclo produtivo. Algumas chegam a externalizar toda a linha de produção, tornando-se simples gerenciadoras. E a mesma técnica é utilizada pelas contratadas, que também subcontratam tudo o que podem.
>
> Em geral, a empresa-mãe submete cada parceira a rígidas diretrizes. E, enquanto se une em fusões e oligopólios, externaliza para ela o jogo da concorrência. Naturalmente, quanto mais baixos são os salários pagos pela parceira, mais fácil lhe será conseguir o contrato com a grande. Isso a induz a violar os direitos de seus empregados, tarefa facilitada pela sua pequena visibilidade. No fim da linha, quem ganha com isso é ainda a grande empresa.
>
> O capital se tornou *viajante*, sem *pátria*. Incapaz de exportar normas de Direito do Trabalho, como fizera no início do século para igualar a concorrência, a indústria ocidental *exportou a si própria*. A economia se fez mais global, internacionalizando os problemas. (VIANA, 1997, p. 136).

Na busca pela redução de custos, as fábricas passaram a externalizar fases do processo produtivo, ou seja, ao contrário das fábricas tayloristas-fordistas, que concentravam toda a linha de produção, no novo modelo a diretriz é a especialização, o foco em uma parte específica do ciclo de produção[121], sendo o restante executado por outra ou outras fábricas.

A subordinação clássica, que em geral era facilmente identificada na fábrica taylorista-fordista, passou a se apresentar de forma mais diluída, já que se exigiu do novo trabalhador a realização de múltiplas tarefas, com eliminação ou atenuação das atribuições de

[121] Destacam-se entre as características buscadas neste novo modelo: empresa enxuta; empregados polivalentes; subordinação mais diluída; multiplicidade de tarefas; apropriação dissimulada do saber do trabalhador.

cada função, apropriação dissimulada do saber do trabalhador e com redução de níveis de hierarquia, às vezes apenas simbólica; outras vezes também real. (VIANA, 2019).

Como observa Viana, a estrutura no novo modo de produção *"em vez de incluir"*, excluía:

> empregados, direitos, políticas sociais, etapas do processo produtivo. Como um vulcão que vomita lava e fogo, a fábrica passou a jogar para fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades. Em certos casos, jogou-se ela própria para fora, descartando sua natureza de fábrica". (VIANA, 2004, p. 9).

Paralelamente a esse rearranjo produtivo, se verificou, desde os anos 1990, o "movimento da desindustrialização da economia nacional", que se generalizou, acompanhado do surgimento de uma nova classe trabalhadora heterogênea, de serviços, pela expansão do setor terciário.

A reorganização do capital e do trabalho associada à globalização e a revolução tecnológica (III Revolução Industrial) promoveram o surgimento de novas possibilidades de contratação e permitiu que fossem dados novos contornos a modalidades que, de certa forma, já eram previstas no ordenamento jurídico.[122]

Passou a ser comum a existência de empresas transnacionais, fato que também deslocou os empregos, contribuindo para o agravamento do desemprego em alguns países.

Se, por um lado, são criados novos postos de trabalho em algumas regiões, também é certo que, por outro lado, inexiste qualquer compromisso social em relação à população local, de forma que a fábrica migra, instalando-se em outro local de acordo com a conveniência econômica[123], ocasionando, frequentemente, *dumping social* e *law shopping*, mediante a exploração da fragilidade na regulação mínima das relações de trabalho nas nações mais pobres.

Com o aumento da ameaça do desemprego, e ante a necessidade de sobrevivência, ainda emerge outra questão social preocupante: a proliferação da economia informal e o subemprego.

Tudo isso se desenhava num cenário no qual não havia mais um significativo contraponto ideológico ao capitalismo, haja vista a queda do muro de Berlim em 1988, que marcou o fim da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e da "Guerra Fria". Tal fato e a simbologia dele decorrentes alimentaram a ideia de um capitalismo vitorioso e insuperável. Assim, inexistindo ameaça concreta que lhe pudesse fazer recuar, o capitalismo poderia

122 Tal como a figura do teletrabalho que deriva do trabalho em domicílio.
123 A fábrica busca cada vez mais reduzir custos, contando, muitas vezes, com a fragilidade da legislação trabalhista - ou com a falta de efetividade da tutela - do local onde se instala, para viabilizar seus objetivos.

mostrar sua face mais feroz em campo aberto para, entre outras medidas, promover a retirada de direitos e garantias já consolidados na perspectiva de maximização dos lucros.

Além da evolução tecnológica, a racionalidade neoliberal e o enfraquecimento dos sindicatos contribuíram para a proliferação do discurso de "necessidade" de "tornar o Direito flexível"[124], isto é, adaptar o direito às necessidades do novo modelo de produção e das novas formas de contratação que passaram a ser possíveis.

Assim, intensifica-se o discurso de desconstrução do Direito do Trabalho com o esvaziamento do conjunto de direitos e garantias já assegurados e com a resistência a novas conquistas.

O Direito do Trabalho começava a passar por uma fase de desprestígio e de duras críticas, algumas delas vaticinando não só o fim dos empregos, mas o seu próprio fim. Diante da nova ideologia que se firmava, com foco nas empresas, a regulação passou a ser vista como um entrave ao desenvolvimento econômico.

Percebe-se, assim, de forma mais nítida, a inversão de valores nesse momento em que a flexibilização se impõe como forma de tornar a legislação trabalhista menos rígida e cada vez mais maleável diante das necessidades do mercado. Apesar do foco da tutela ser o homem e, também, a empresa, passa a se intensificar, ainda que formalmente, sobre esta, em evidente contradição com os direitos e garantias constitucionais.

Já no contexto dessa onda flexibilizatória, inaugura-se a fase que já tem sido chamada de IV Revolução Industrial, fincada basicamente no conhecimento e na informação, e ensejando novas e profundas metamorfoses do trabalho a partir do final do século XX e início do XXI. Desde então, caminha-se, rumo à "modernidade líquida" referida por Bauman (1999), em que o mundo se torna volátil e as novas tecnologias, especialmente a *internet*, proporcionam mudanças em ritmo cada vez mais veloz.

Em tal cenário, ganham importância as políticas de avanço do trabalho imaterial conectado com forte expansão do setor de serviços, caracterizando uma nova divisão

---

124 O Brasil foi um dos primeiros países a editar normas com caráter flexibilizatório, que se revelaram, de forma maciça, precarizantes (destacam-se a título de exemplo a criação do FGTS em 1966, que levou, posteriormente, com a Constituição de 1988, à supressão da estabilidade decenal; admissão de novas formas de contratação: trabalho temporário - Lei. n. 6019/74; contrato de estágio - Lei n. 6.494/77; criação da possibilidade de redução de salário e da jornada em situações de crise empresarial, via ajuste coletivo ou decisão do juiz: Lei n. 4.923/65; e permissão da prática do Banco de Horas ou compensação anual de jornada, entre várias outras situações).
Contudo, pouco depois de implementadas medidas flexibilizatórias, não apenas no Brasil como em alguns outros países, como na Argentina e na Espanha, verificou-se que, ao contrário do que fora conclamado, em nada contribuíram para a redução dos índices de desemprego.
Até porque não interessava realmente ao sistema reverter esse quadro. As mudanças nos modos de produzir e de trabalhar que afetaram profundamente a vida dos trabalhadores não aconteceram por acaso. Pelo contrário. Todas elas, inclusive o desemprego, decorreram da necessidade de readaptação do próprio sistema capitalista para que continuasse a se expandir e permitir a acumulação.

internacional do trabalho, a partir da crise global iniciada a partir de 2008, e, também, associada ao desenvolvimento das forças produtivas assentadas em agropecuária, mineração, indústria e construção civil nas economias-baleia.[125]

Pochmann e Morais sustentam que na crise atual do capitalismo globalizado (continuação da iniciada em 2008), "o sistema de exploração parece estar diante da possibilidade de um novo salto no uso e remuneração da força trabalhadora", considerando as mudanças na produção de bens e de serviços pelo mundo, que permite a articulação e a integração descentralizada do trabalho, a partir de formas cada vez mais sofisticadas. (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 13).

Transformações como essas no contexto da racionalidade neoliberal viabilizam novas formas de trabalhar, mas também novas formas de dominação do trabalhador, completando, decisivamente, o cenário que constitui o contexto das reformas trabalhistas no mundo e no Brasil.

3.2.1.1 A nova razão do mundo e os efeitos da racionalidade neoliberal nas relações laborais

Para compreender o estágio contemporâneo da crise do Direito do Trabalho, é essencial compreender a metamorfose das relações laborais na perspectiva neoliberal, que transformou o capitalismo e a sociedade, sobretudo a partir da crise dos anos 1960-1970.[126]

O neoliberalismo é a razão do capitalismo contemporâneo (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 17) e "resulta de um processo histórico de construção estratégica. Seus princípios de controle pressupõem, como nas doutrinas liberais clássicas, a liberdade [...] extraída da concorrência mercantil, cuja lógica terminaria por se generalizar para todas as esferas sociais, entre as quais o Estado." (OTA, 2016).

Em que pese o neoliberalismo ter sido interpretado, a partir do fim dos anos 1970 e início da década seguinte, como ideologia e política econômica, é mais do que a reabilitação pura e simples do *laissez-faire.*

---

125 A partir da crise iniciada em 2008, deu-se o deslocamento do centro dinâmico dos Estados Unidos para a Ásia, sobretudo a China e "os países de grande dimensão geográfica e populacional voltaram a assumir maior responsabilidade no desenvolvimento mundial, como no caso da China, Brasil, Índia, Rússia e África do Sul, que já respondem atualmente pela metade da expansão econômica do planeta." Estes são conhecidos cada vez mais como países-baleia, "que procuram exercer efeitos sistêmicos no entorno de suas regiões, fazendo avançar a integração suprarregional, como no caso do Mercosul e Asean."

126 Como registram Dardot e Laval, Foucault compreendeu que a crise dos anos 1960-1970 não era simplesmente uma crise econômica, haja vista a "extensão das transformações sociais, culturais e subjetivas introduzidas pela difusão das normas neoliberais em toda a sociedade", mas "uma crise aguda das formas até então dominantes de poder", sendo que o que se identificava como "economia" desde o século XVIII "está no fundamento de um conjunto de dispositivos de controle da população e de orientação das condutas (a 'biopolítica')." (2016, p. 26)

De fato, o novo modelo alimentou as políticas econômicas impulsionadas a partir de tal período, mas não se trata simplesmente de uma ideologia, e sim de uma "racionalidade política global, que prescindiria de qualquer teleologia ou continuidade substantiva com as antigas formas do liberalismo." (OTA, 2016)

O neoliberalismo é sistema normativo que ampliou sua influência para o mundo, interferindo, evidentemente, na vida dos indivíduos, na política e no Direito.

Como advertem Dardot e Laval:

> [...] estamos lidando não com uma "mercantilização sorrateira", mas com uma expansão da racionalidade de mercado a toda a existência por meio da generalização da forma-empresa. É essa "**racionalização da existência**" que, afinal, como dizia Margaret Thatcher, pode "**mudar a alma e o coração**". (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 27, grifo nosso).

Além disso, ao mesmo tempo que engendra desastres, o neoliberalismo "possui uma notável *capacidade de autofortalecimento*. Ele fez surgir um sistema de normas e instituições que comprime as sociedades como um nó de forca." (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8).

Assim, mesmo os momentos de crise funcionaram como oportunidades para o neoliberalismo impor condutas e introjetar ideias, tal como se deu com a crise financeira iniciada em 2008 (e que se estende até hoje).[127]

Tal crise conduziu ao brutal fortalecimento do neoliberalismo, mediante implantação de planos de austeridade por Estados ativos na promoção da lógica da concorrência dos mercados financeiros.

Dardot e Laval apontam que as políticas de austeridade agravam a depressão e levam as sociedades a uma regressão social, alimentando o círculo vicioso que renova de forma constante a dominação e as barras da jaula de aço. Desse modo, "o acúmulo de tensões e problemas não resolvidos, o reforço de tendências desigualitárias e desequilíbrios especulativos preparam dias cada vez mais difíceis para as populações." (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8; 30).

A crise que ainda se verifica na Europa está diretamente relacionada à "corrida suicida pela austeridade" perseguida de forma obstinada pelos especialistas dos governos europeus, da União Europeia e do FMI, a partir de compromissos e consensos que constituíram por décadas, numa lógica disciplinadora com eficácia para rebaixar salários e diminuir a proteção social. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 28-29).

---

[127] Cujo estopim foi a falência do banco Lehman Brothers.

A crise financeira mundial contemporânea também tem como raiz a generalização da concorrência e:

> [...] está profundamente ligada às medidas que, desde o fim dos anos 1970, introduziram na esfera das finanças norte-americanas e mundiais novas regras baseadas na generalização da concorrência entre as instituições bancárias e os fundos de investimentos, o que os levou a aumentar os níveis de risco e a espalhá-los pelo resto da economia para embolsar lucros especulativos colossais." (DARDOT e LAVAL, 2016, p. 27).

A relação de forças pende a favor dos donos do poder econômico, que constituem as forças e poderes que se apoiam uns nos outros para instaurar o sistema neoliberal: "oligarquias burocráticas e políticas, multinacionais, atores financeiros e grandes organismos econômicos internacionais formam uma coalizão de poderes concretos que exercem certa função política em escala mundial." (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8).

Pochmann e Morais ressaltam acerca da centralização do controle do sistema de valor no mundo contemporâneo:

> Atualmente, cerca de 500 grandes corporações transnacionais centralizam o controle do sistema de valor operado fragmentadamente em não mais do que 300 espaços territoriais do planeta. Cada vez mais, o processo de monopolização da produção e da distribuição da riqueza em escala global torna a grande corporação transnacional mais poderosa, permitindo disputas consideráveis na subordinação dos Estados Nacionais, uma vez que somente nove países conseguem registrar orçamento público superior ao faturamento dos grandes monopólios privados no mundo. (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 14).

Assim, o neoliberalismo é normatividade prática apta a orientar internamente a prática efetiva dos governos e das empresas e que o faz efetivamente conforme os interesses da coalizão de poderes concretos que lhe dá sustentação. Mais do que isso, o neoliberalismo é capaz e orientar a prática de "milhões de pessoas que não tem necessariamente consciência disso". (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 15).

O alvo do núcleo normativo da nova razão do mundo é a democracia. Por outro lado, é a democracia que oferece risco ao neoliberalismo. (OTA, 2016).

Dardot e Laval explicam que está sendo travada uma guerra "pelos grupos oligárquicos, na qual se misturam de forma específica, a cada ocasião, os interesses da alta administração, dos oligopólios privados, dos economistas e das mídias (sem mencionar o Exército e a Igreja)" para mudar a economia e transformar a sociedade com a imposição da lei da concorrência e o modelo da empresa.

No entanto, para concretizar esse objetivo, "**é preciso enfraquecer as instituições e os direitos que o movimento operário conseguiu implantar a partir do fim do século**

XIX, o que pressupõe uma guerra longa, contínua e muitas vezes silenciosa [...].” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 19-20, grifo nosso).

Visando a atender essa agenda neoliberal é que foi iniciada no Brasil, por Michel Temer, uma corrida para, no curto tempo de governo que tinha, promover o maior desmanche possível dos direitos e garantias sociais.

Como ressaltam Pochmann e Morais, a partir de 2016, em nosso país tem início uma sucessão de reformas conduzida por maioria política interna aliada aos interesses capitalistas, impondo uma “trajetória de atuação do Estado mais comprometido com a seleta e já privilegiada parcela da população enriquecida nacional e internacionalmente”:

> [...] a implementação do impeachment da presidenta Dilma Rousseff, em 2016, emergem sinais importantes de inflexão no conjunto de políticas públicas instaurados pelo ciclo político da Nova República. A sucessão de reformas, impostas desde então, em meio à mais grave recessão econômica dos últimos cem anos, altera tanto a atuação do Estado no capitalismo brasileiro, contemplando o reposicionamento do país junto ao centro dinâmico capitalista mundial, como a atuação de uma nova maioria política interna mais favorável aos interesses dominantes [...]. (POCHMANN E MORAIS, 2017, p. 84)

Entre as iniciativas nefastas do governo Temer, Saad Filho e Morais apontam como principais as alterações nos contratos de exploração de petróleo e privatização de partes da Petrobrás em 2016; a aprovação da emenda constitucional n. 95, que limita o teto de gastos públicos; a reforma trabalhista, instrumentalizada pela Lei n. 13.467/17; e a tentativa de reforma da previdência:

> [...] o novo governo golpista, liderado pelo ex-vice-presidente Michel Temer, se enveredou na implacável imposição de uma estratégia de acumulação baseada em uma variante internacionalizada e altamente excludente do neoliberalismo. Suas principais iniciativas incluíram, em primeiro lugar, a mudança nos contratos de exploração de petróleo para privilegiar o capital transnacional em detrimento da Petrobrás, sob o argumento de que esta se encontrava sem condições financeiras de realizar os investimentos necessários à exploração do pré-sal. Ao mesmo tempo, foi reduzida a exigência de conteúdo nacional na cadeia de exploração do petróleo. Partes da própria empresa foram privatizadas em 2016. Em segundo lugar, foi aprovada em dezembro de 2016, uma emenda constitucional que congelava os gastos primários do orçamento fiscal (corrigidos apenas pela inflação) por até vinte anos, tendo por base o valor do orçamento executado em 2016, inclusive o do investimento. Entretanto, o serviço da DPI ficava isento de qualquer limite. A aprovação dessa absurda emenda por uma esmagadora maioria da Câmara dos Deputados e do Senado mostrou a dimensão da derrota da esquerda e a força da maré montante da direita vitoriosa. Em terceiro lugar, aprovou-se em julho de 2017 uma reforma dos direitos trabalhistas que liberalizou amplamente o mercado de trabalho. Em quarto lugar, tentou-se fazer também uma dura reforma da previdência social, embora sem sucesso, em consequência da proximidade das eleições.” (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 238).

Portanto, como se vê, a fase contemporânea do capitalismo promove mudanças muito mais profundas do que as visíveis aos olhos. Não se trata meramente de reformas que visam a reduzir direitos trabalhistas e diminuir o custo das empresas para torná-las mais competitivas.

O Direito do Trabalho é muito mais do que o direito de horas extras e de verbas rescisórias; é direito da justiça social; da cidadania; da democracia, na medida em que é a principal forma de inclusão social do indivíduo na sociedade capitalista com vistas a assegurar o acesso aos bens materiais para prover suas necessidades e para trabalhar e viver de forma digna. (ALMEIDA, 2016a).

Assim, a reforma trabalhista é retomada de poder pelo capital (ALMEIDA, 2016a), o que está intrinsecamente relacionado ao processo de "'desdemocratização", promovido pela racionalidade neoliberal e que "consiste em esvaziar a democracia de sua substância sem a exigir formalmente." (BROWN apud DARDOT; LAVAL, 2016, p. 20).

O principal mecanismo pelo qual é promovido e buscado esse processo é pela interligação entre os atores sociais em torno de uma concorrência sistemática entre os indivíduos, em todas as esferas e dimensões, criando e disseminando normas que ficam arraigadas "nas práticas governamentais, nas políticas institucionais, nos estilos gerenciais", produzindo uma subjetividade contábil. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 30).

Como pontuam Dardot e Laval, o neoliberalismo tem uma estratégia geral de generalização da concorrência e, de acordo com as circunstâncias locais, das relações de forças e das fases históricas, adota métodos particulares. Assim, "podem tanto empregar a brutalidade do *putsch* militar como a sedução eleitoreira das classes médias; **podem usar e abusar da chantagem do emprego e do crescimento e aproveitar os déficits e as dívidas como pretexto para as 'reformas estruturais', como fazem há muito tempo o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a União Europeia.**" (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 20).

No Brasil, entre os pretextos que foram utilizados para convencer a população acerca da necessidade da reforma trabalhista estiveram o desemprego no País e a necessidade de crescimento econômico. Como se as mudanças decorrentes da Lei 13.467/17 tivessem o condão de superar tais dificuldades mediante flexibilizações de entrada e de saída das modalidades contratuais, criação de novas modalidades de contratação mais precárias e precarização das condições de trabalho de modo geral, enfraquecimento dos sindicatos[128] e tentativa de limitar a atuação do Poder Judiciário, entre outros aspectos.

[128] Pela retirada da principal fonte de custeio de tais instituições sem qualquer regra de transição.

Além disso, a racionalidade neoliberal pressupõe a liberdade – para viabilizar a lógica da concorrência mercantil – o que também fomenta e justifica a retórica em torno da ampliação das liberdades, da prevalência do negociado sobre o legislado, da ampliação da autonomia privada (via negociação coletiva e contrato) em relação ao predomínio da lei.

Pela combinação desses instrumentos é que "não só no campo das ideias, mas até no coração das pessoas, a lei cede espaço para o contrato. Afinal, *assim como elas*, ele se apresenta libertário, flexível, disponível, ligado ao presente, eternamente mutante. E a ideologia, naturalmente, usa essas emoções a seu favor." (VIANA, 2018, p. 8).

A partir de sua estratégia de discursos, práticas e dispositivos de poder, o neoliberalismo estabelece a concorrência em todas as dimensões das relações na sociedade e, com isso, exige a adaptação permanente dos atores sociais, que se subordinam, de forma consciente ou não, ao sistema normativo.

Assim, por ter a capacidade de pautar o modo como os atores sociais se comportarão nas suas inter-relações, o neoliberalismo é modelo de subjetivação e, consequentemente, de dominação, que se opera por vários instrumentos, dentre os quais se destacam a ameaça do desemprego e a precariedade das condições de trabalho, aspectos que se verificam no cenário da reforma trabalhista no Brasil.

Como explicam Dardot e Laval (2016, p. 9), o desemprego e a precariedade são formas de gestão na empresa e, juntamente com a dívida e a avaliação, são "poderosas alavancas de concorrência interindividual", sendo que "a polarização entre os que desistem e os que são bem-sucedidos mina a solidariedade e a cidadania."

De fato, o modo de vida que decorre da racionalidade neoliberal também rompe os laços de solidariedade entre os indivíduos, dificultando ainda mais a agregação em torno de um propósito e para o fim de reivindicar melhorias das condições de trabalho e de vida e muito menos para questionar o próprio sistema.

Assim, a ação coletiva se tornou mais difícil, porque os indivíduos são submetidos a um regime de concorrência em todos os níveis.

Além disso, "abstenção eleitoral, dessindicalização, racismo" contribuem para a "destruição das condições do coletivo" e conduzem ao "enfraquecimento da capacidade de agir contra o neoliberalismo." (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 9).

O caráter sistêmico do neoliberalismo dificulta a mudança de direção em relação às políticas conduzidas no sistema, impedindo "qualquer autocorreção de trajetória, em particular em razão da desativação do jogo democrático e até mesmo, sob certos aspectos, da

política como atividade. O sistema neoliberal está nos fazendo entrar na *era pós-democrática."* (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 8).

Esse efeito paralisante do neoliberalismo faz com que as mesmas políticas se desenvolvam, há mais de trinta anos, com consequências catastróficas, "a ponto de afundar os Estados e as sociedades em crises políticas e retrocessos sociais cada vez mais graves", sem, contudo, encontrar "resistências suficientemente substanciais para colocá-lo em xeque". (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 15).

Além disso, o neoliberalismo tende a promover "destruição programada das regulamentações e das instituições" e produz, ele próprio, "certos tipos de relações sociais, certas maneiras de viver, certas subjetividades", fazendo com que esteja em jogo "a forma de nossa existência, a forma como somos levados a nos comportar, a nos relacionar com os outros e com nós mesmos [...] no caminho da 'modernidade'". (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 15).

Como observa Viana (2017c, p. 33) "já não se trata mais, ou não se trata tanto, de enfrentamentos diretos, frente a frente, como num campo de batalha"; o novo modelo *corrói por dentro* o sindicato, minando a sua capacidade de representar a classe trabalhadora, e a própria autopercepção dos trabalhadores enquanto classe.

Em que pese Dardot e Laval descreverem acertadamente a realidade contemporânea quanto a vários aspectos, não se pode considerar o capitalismo (e a racionalidade neoliberal) como único responsável por todos os fenômenos e interações sociais e por tudo que os indivíduos vivem: emoções, ideias, valores e sentimentos.

Não há dúvidas que o sistema capitalista tende a criar gerações de indivíduos apáticos, acríticos e alienados que se dedicam às atividades que o sistema normativo impõe, sujeitando-se a rotinas de estudo e de trabalho – muitas vezes precário e inseguro, sob jornadas extenuantes a mais de um tomador, para atender o que o sistema dita que deve ser consumido na sociedade de massa, que perpetua a escravização pelo consumo para centenas de milhares de indivíduos. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 30).

Por outro lado, mesmo diante de toda a força que o capitalismo acumulou não se pode olvidar que foi a potência da classe trabalhadora que levou às conquistas dos direitos fundamentais e que o conflito social continua existindo (como visto no capítulo 3), assim como continuam existindo os contrários; os contramovimentos e as possibilidades de renovação.[129]

[129] O que pode se dar, a título de exemplo, pela "aproximação de novos métodos de mobilização social, ligados a movimentos portadores de bandeiras tão diversas quanto os grupos que elas representam" e mediante uso das

Como registra Polanyi, a "sociedade humana poderia ter sido aniquilada, de fato, não fosse a ocorrência de alguns contramovimentos protetores que cercearam a ação desse mecanismo autodestrutivo" (POLANYI, 2000, p. 98).

Assim, em que pese a fase de desprestígio e crise das instituições, inclusive dos sindicatos, continua havendo resistência, cujos instrumentos são retirados do próprio sistema que oprime os trabalhadores. (GOMES, 2018, p. 87).

Viana ressalta que "vivemos também uma nova explosão de movimentos sociais, que parecem desmentir a crise do coletivo. Mas se eles explodem, é porque em boa parte vão absorvendo essas tendências, ao privilegiar o horizontal sobre o vertical, o presente sobre o futuro, o entra-e-sai de pessoas em detrimento do sócio inscrito, previsível, permanente [do sindicato]. Na verdade, mostram aquela ascensão do difuso." (VIANA, 2018, p. 7).[130]

Nesse sentido, a título de exemplo, destacam-se os movimentos espontâneos, tais como os levantes de junho de 2013, quando jovens militantes de movimentos pela mobilidade urbana foram às ruas no Brasil, desencadeando uma série de manifestações.

Ainda em 2013, em dezembro, também ocorreram de jovens de periferias nas capitais dos estados da região Sul e Sudeste, pontuados por Gomes (2018, p. 85).

Movimentos como esses permitem constatar "a emergência de uma classe trabalhadora formada por jovens, e a influência de novos movimentos culturais e sociais na construção de formas inovadoras de articulação de interesses das camadas populares." (BARBATO; MENDES, 2018, p. 67).

Mais do que isso, a captação dos anseios e estratégias de mobilização social usadas por esses jovens no século XXI e pelos sindicatos pode "auxiliar na reconstrução da solidariedade quebrada pelo capital no fim do século XX" (BARBATO; MENDES, 2018, p. 67), o que será abordado no capítulo 6.

Como lembra Viana, os contrários também podem se revelar nas novas formas de arte:

> Há pouco tempo, artistas do Teatro Municipal do Rio de Janeiro - atores, músicos, bailarinos - viraram ao avesso o conceito usual de greve, manifestando-se não pela sua ausência, mas por sua presença, como vimos acontecer na greve de ocupação: por algumas horas, tocaram e dançaram nas escadarias, transmitindo as emoções da

---

próprias tecnologias para a convocação, via redes sociais, para participação de manifestações, tal como se verificou em várias cidades brasileiras em junho de 2013. (BARBATO e MENDES, 2018, p. 67)

[130] Viana (2019) também considera que os fatores não são apenas econômicos, nem produzidos por eles. Nem tudo é neoliberalismo, embora o neoliberalismo (assim como outros modos do capitalismo, ao longo da história) tente se apropriar de tudo, são fatores também culturais, incluindo emoções e sentimentos. Esses fatores parecem evoluir em certos sentidos desde o iluminismo, pelo menos, e também explicam as gerações rebeldes das primeiras décadas do século passado, o movimento modernista tambem daquele tempo, o feminismo, os hippies, as rebeliões dos anos 60, o rock and roll etc.

> arte e as suas próprias emoções; e recebendo de volta os sentimentos do público. (VIANA, 2017c, p. 38).

Como ressaltam Viana e Chagas, "é necessária uma reação que deve partir dos próprios sujeitos explorados - embora não necessariamente apenas deles. Afinal, 'a massa não é apenas objeto da ação revolucionária; é sobretudo sujeito'", já dizia Rosa Luxemburgo. (VIANA; CHAGAS, 2018, p. 53).

Não obstante a existência dos contrários e de não estar completamente sepultada a possibilidade de articulação das camadas populares, de modo geral, a combinação de todos os aspectos dessa racionalidade fornece substrato subjetivo para o que Antunes identifica como o "privilégio da servidão": à medida que dociliza, o sistema incute, envenena de "neoliberalismo" o indivíduo.

Assim, ele passa a reproduzir o padrão de conduta neoliberal, que se espraia e tudo contamina, impactando dimensões complementares que garantem o sucesso normativo, há quase um terço de século (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 16).

Daí a dificuldade de o indivíduo ter percepção crítica diante do sistema[131] e, ainda que a tenha, não há meios de se desvencilhar individual dele; sendo também difícil o caminho pela via coletiva.

Assim, contemporaneamente, constata-se o desenrolar de um processo que enseja uma forma de servidão, de certo modo, "voluntária" Os escravos procuram o trabalho mediante o qual serão explorados e escolhem os amos a quem deverão servir, pois se estiverem bem domesticados, terão o privilégio de poderem servir. Para tanto, foi necessário retirar-lhes a capacidade de perceber a exploração e a alienação a que são submetidos e, a grande maioria, aceita sem discutir a vida planificada que lhes é imposta pelo sistema. Sob essa perspectiva, essa classe escrava tem na renúncia e na resignação a "fonte da sua desgraça e simplesmente aspira se deixar levar pela dança macabra do sistema de alienação".[132]

A racionalidade neoliberal desfila diante dos olhos no Brasil contemporâneo:

> [...] o estado de exceção, a lógica binária da política e sua ' jaula de aço' a tentar nos aprisionar. [...] Por múltiplos caminhos, o neoliberalismo se impôs como a nova razão do mundo, não deixando incólume nenhuma esfera da vida. [...] Sua norma fundamental é a competição mortífera modelando tudo da vida social introjetada na subjetividade dos indivíduos pelo capital e seu mercado. (NÓVOA, 2018).

---

[131] Um outro aspecto da questão é que o "egoísmo social, a negação da solidariedade e da redistribuição" disseminados pelo neoliberalismo também podem fomentar movimentos reacionários e neofascistas (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 9).

[132] Trecho inspirado no documentário *Servidão Moderna*, de Jean-François Brient.

Há um largo feixe de nuances que compõem a nova subjetivação capitalista a partir da racionalidade neoliberal.

As metamorfoses e evolução verificadas no mundo do trabalho, sobretudo desde a década de 1970, não alteraram simplesmente o modo de produzir bens e de prestar serviços. Alteraram o modo como o indivíduo se vê e se relaciona na sociedade e, consequentemente, a forma como conduz e planeja suas ações ao longo da vida.

A partir de uma "**trípode destrutiva em relação ao trabalho: a terceirização, a informalidade e a flexibilidade**", o capitalismo, em seu estágio informacional e digital, apresenta tendência de intensificação da precarização e informalidade (inclusive com modelos envolvendo plataformas digitais). (ANTUNES, 2018, p. 37).

Tais aspectos fazem aumentar "os bolsões de trabalhadores sobrantes, descartáveis, subempregados e desempregados", disseminando instabilidade e insegurança. (ANTUNES, 2018, p. 30).

A instabilidade e as incertezas desencadeadas pelos mecanismos de dominação explorados pela racionalidade neoliberal, principalmente o desemprego e a precariedade, associadas aos apelos do consumo em massa, suscitam a descrença e a desesperança de um futuro melhor nos indivíduos, que, simplesmente, vivem o presente.

O tempo do trabalho flexível gera inseguranças e incertezas para o trabalhador quanto ao seu futuro. (BAUMAN, 1999).

Viana pontua que, contemporaneamente, a "fé no futuro é menor - o que nos leva, inversamente, a viver um presente maior", de maneira que a "sede de liberdade e de igualdade se espraia e se radicaliza." (VIANA, 2018, p. 11).

Nesses novos tempos, "vive-se mais intensamente o *eu*". As pessoas querem sentir que têm poder de decisão, contexto em que é utilizada a expressão *"empoderar-se"*, como meio de afirmação da identidade. (VIANA, 2018, p. 11).

Como observa Viana, "tendencialmente, o coletivo cede espaço ao difuso", sendo que as pessoas, "mesmo quando juntas, sentem-se ou querem se sentir soltas, livres, prontas para se desgarrar. Com frequência, até as suas convicções parecem assim, fluidas e mutantes." (VIANA, 2018, p. 12).

Por tudo isso é que se tem a regra jurídica em crise, como explica o autor:

> Afinal, ela supõe um projeto, uma visão unitária do mundo, e passa a imagem de repressiva, rígida, com pretensão de durar - se possível, para sempre. E o nosso tempo, [...] parece ser o contrário de tudo isso, posto que heterogêneo, rebelde, variável, obcecado pelo presente, sem futuro definido. (VIANA, 2018, p. 8).

Assim, de certo modo, tais aspectos explicam porque a reforma trabalhista no Brasil, pela Lei n. 13.467/17, que propagandeava, entre outros aspectos, maior liberdade para os sujeitos das relações de trabalho, foi aprovada sem que a resistência e a oposição da população que seria a maior prejudicada com as mudanças estabelecidas na legislação, fosse suficiente para impedir isso.

A "classe trabalhadora não conseguiu se opor a toda essa mídia, a todo esse bombardeio, a toda essa propaganda" (HAZAN, 2017a).

Por outro lado, ao mesmo tempo em que se constata a força avassaladora da racionalidade neoliberal, "também se observam as contracondutas que instituem novas práticas e novas formas de luta. O homem Sísifo[133] continua lutando pela emancipação humana." (NÓVOA, 2018).

Como suscitado supra, o sofrimento e a mutilação que decorrem dessa subjetivação neoliberal operada na vida comum, "no trabalho e fora dele", permitem que não se exclua a "possibilidade de uma revolta antiliberal de grande amplitude em muitos países." (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 9).

3.2.1.2 Reorganização produtiva, revolução tecnológica e informacional: novas formas de trabalhar e de dominação do trabalhador

Acerca das metamorfoses do capitalismo no século XX e início do século XXI, Dantas sintetiza:

> O período de transformação do capitalismo industrial para a consolidação do capitalismo pós-industrial foi caracterizado pela mudança da rigidez para flexibilidade, do sólido para o fluido, do previsível para o imprevisível, da assunção de riscos para a transferência desses, fazendo com que a proteção que foi construída no sistema normativo laboral até o início dos anos de 1970 passasse a ser atacada, com o objetivo de atender as necessidades dos "novos" modos de produção capitalistas. (DANTAS, 2019, p.52).

De fato, como já se registrou, no estágio contemporâneo, tem-se o "capitalismo financeirizado da era informacional" (CHESNAIS apud ANTUNES, 2018, p. 31), que aprimora sua engenharia de dominação destrutiva em relação ao trabalho.

Destacam-se entre as formas de maior exploração capitalista do trabalho humano "a generalização da terceirização e de sistemas conhecidos como 'uberificação'[134] e

[133]Na mitologia grega, Sísifo, filho do rei Eólo, era considerado o mais astuto de todos os mortais, tendo sido submetido a um castigo que consistia em executar um trabalho rotineiro e cansativo para mostrar que os mortais têm liberdade de escolha e que devem concentrar-se nos afazeres da vida cotidiana.

[134] Uberização ou uberificação são expressões utilizadas para se referir a um padrão de prestação de trabalho humano análoga ao aplicativo de empresa *startup* de São Francisco (EUA), a Uber, que serve à contratação de serviços de motorista.

'nikeficação'[135] ou 'capitalismo de plataformas e empreendedores'", que têm sido utilizadas paralelamente à degradação nas conquistas obtidas "pela velha classe trabalhadora industrial", mediante "flexibilização e desregulação do sistema de proteção social e trabalhista nas ocupações de serviços." (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 13).

Assim, na prática, tem-se a "informalidade ampliada, a flexibilidade desmedida, a precarização acentuada e a destruição cronometrada da natureza", aspectos que, associados à expansão da terceirização, pejotização[136] e "'uberização", viabilizam novas formas de contratação e novas formas de trabalhar, mas também fazem florescer e se multiplicar uma "nova modalidade de trabalho: o escravo digital". (ANTUNES, 2018, p. 23).

A expressão se refere à ausência de real liberdade de escolha do indivíduo, que somente pode sobreviver no sistema capitalista mediante o trabalho remunerado para prover suas necessidades materiais, o que não é novidade. No entanto, na fase digital do sistema a exploração se dá mediante o uso de tecnologias, recursos e novas formas de contratação, que potencializam a dominação, dificultam o sentimento de pertencimento, rompem os laços de solidariedade, dissipam e dificultam a resistência individual ou coletiva à racionalidade neoliberal.

Em que pese os efeitos que decorrem para o trabalhador serem nefastos e potencializarem sua dominação pelo capital, os elementos da trípode destrutiva enunciada por Antunes[137] casam com os interesses capitalistas de maximização dos lucros mediante constante e contínuo aprimoramento, modernização e desenvolvimento dos sistemas e processos produtivos.

Nessa mesma perspectiva empresarial contemporânea, a *indústria 4.0***,** assim denominada por estudiosos alemães, a partir de 2011, identifica uma nova fase de automação industrial. Tão importante quanto as revoluções industriais que antecederam essa etapa do capitalismo, ela consolida a "hegemonia informacional-digital no mundo produtivo, com os celulares, *tablets*, *smartphones* e assemelhados controlando, supervisionando e comandando essa nova etapa da ciberindústria do século XXI" (ANTUNES, 2018, p. 38).

Assim, a *indústria 4.0* representa "um novo e profundo salto tecnológico no mundo produtivo", a partir das novas tecnologias de informação, mediante a "intensificação dos

[135] A expressão nikeficação é utilizada como referência à empresa Nike, que foi "'enxugada', mantendo o mínimo possível de ativos e de empregos, utilizando o máximo de terceirização."
[136] Souto Maior **assimila a "pejotização como ataque ideológico à relação de emprego, com dupla motivação, pois tanto visa mascarar a existência de relações de emprego**, [...] como evitar a discussão do modelo de produção, tornando-os impotentes para apontar os desajustes econômicos." (SOUTO MAIOR, 2017).
[137] Composta por terceirização, informalidade e flexibilidade. (ANTUNES, 2018, p. 37).

processos produtivos automatizados, em toda a cadeia geradora de valor, de modo que a logística empresarial seja toda controlada digitalmente.” (ANTUNES, 2018, p. 37).

A principal consequência da *indústria 4.0* para o mundo do trabalho será a “ampliação do trabalho morto, tendo o maquinário digital - a '*internet* das coisas' - como dominante e condutor de todo o processo fabril”. Com isso, o “processo tecnológico-organizacional-informacional eliminará de forma crescente uma quantidade incalculável de força de trabalho que se tornará supérflua e sobrante, sem empregos, sem seguridade social e sem nenhuma perspectiva de futuro.” (ANTUNES, 2018, p. 37-38).

Não está sendo constatada a “eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional-digital”, mas “o advento e a expansão monumental do *novo proletariado da era digital [...] do novo proletariado de serviços*, uma variante global do que se pode denominar *escravidão digital. Em pleno século XXI.”* (ANTUNES, 2018, p. 30).

A automatização implicará na mudança dos papéis das pessoas e dos postos de trabalho, aumentará a complexidade e com isso a exigência de habilidades superiores, inclusive para tarefas de nível de entrada, o que requererá uma adaptação dos sistemas educativos para dotar os trabalhadores do futuro com as habilidades que necessitam.

Por outro lado, já se começou a falar em “época pós-*app*” em que milhões de coisas, pessoas e empresas se conectam e produzem grandes quantidades de dados que as empresas começam a traduzir em algoritmos para maximizar as oportunidades de negócios digitais.

Os algoritmos dinâmicos digitais são o núcleo das novas interações com os clientes.[138]

Estão sendo difundidas diversas plataformas de novos negócios e neste contexto diversas denominações estão sendo utilizadas para fazer referência a um fenômeno que se encontra em pleno desenvolvimento: “economia compartida”, “consumo compartilhado”, “*peer to peer*”, “economia colaborativa”, “consumo colaborativo”, “economia das aplicações”.

Apesar de nenhuma das expressões serem capaz de capturar a diversidade da disrupção e de não haver instrumentos maduros para sistematizar os fenômenos atuais, tem-se que o denominador comum nas novas empresas de economia compartilhada é o uso inovador de i*nternet* e de plataformas virtuais baseadas em aplicações para conectar compradores e vendedores de bens, de trabalho e de serviços.

Trata-se de uma transição para uma dimensão produtiva e social molecular, reticular, horizontal.

---

[138] Exemplos: Amazon e Waze.

Assim, a economia compartilhada (também chamada de economia colaborativa ou economia sob demanda)[139] é fenômeno que emerge no contexto das metamorfoses que impactam as relações laborais contemporaneamente. Tal fenômeno engloba serviços que unem os prestadores e clientes mediante novas plataformas digitais e *crowdworking.*[140] Nesses novos modelos de negócios, se continuam utilizando trabalho humano, não o fazem através de uma relação de emprego tradicional, mas, basicamente, obtendo o concurso de prestadores de serviços tratados como independentes.

O *crowdwork* ou trabalho da multidão representa uma nova modalidade de prestação do trabalho e uma mudança radical na forma em que se define o próprio emprego. As pessoas que realizam esse trabalho não são empregados tradicionais e muito menos trabalhadores independentes; são usuários ou clientes das plataformas baseadas na *web* que entregam tarefas por preço, como tantos kits de bricolagem para montagem. (GAUTHIER, 2017, p. 107).

Estes trabalhadores não têm empregos clássicos e atuam sob formas independentes[141], compondo uma que se soma ao exército industrial de reserva; um exército de desempregados permanente, necessário para o bom funcionamento do sistema.

Além da automatização, a uberização do trabalho humano, a fragmentação de postos de trabalho em tarefas externalizadas e o desmantelamento dos salários em micro pagamentos também são aspectos que potencializam a precarização do trabalho humano. (GAUTHIER, 2017, p. 110).

Em 2005, a empresa Amazon criou o “Mechanichal Turk”, onde o trabalho baseado na multidão se compra e se vende. Num dia qualquer e a qualquer momento, estes trabalhadores realizam milhões de pequenas tarefas para as empresas. (GAUTHIER, 2017, p. 111).

Isto pode ter criado o mercado de trabalho mais desregulado que já existiu, no qual há um excesso de oferta de trabalho, trabalhadores competentes, trabalho monótono e repetitivo e salários excessivamente baixos.

Taylor mediu tempos e movimentos e propôs a redução do trabalho em microtarefas, mas “Mechanichal Turk” criou linhas de montagem virtuais onde o tempo não é importante, só o resultado”. (GAUTHIER, 2017, p. 111).

Assim, o tomador (solicitante) pode ser o ser humano ou um programa de computador que execute um *scrip* que externaliza de forma automática todas as tarefas. O solicitante

---

[139] A AIRbnb é exemplo de empresa de economia colaborativa, cujo negócio gira fundamentalmente em torno do bem compartilhado e não tanto a respeito da prestação do serviço por parte do proprietário do bem.
[140] Destacam-se como exemplos de empresas de crowdworking: Uber, Lift, Sandeman, FlyCleanears, Myfixpert, CHefly.
[141] Apesar de nem sempre serem, de fato, independentes.

requer as micro tarefas (“HIT’s”) no *site* da *web* da Amazon e oferece contratos de adesão por cada HIT à multidão de internautas dispostos a realizá-las.

Tão profunda é a mudança que o próprio modelo de emprego se modificou. A OIT admite que, atualmente, o modelo de emprego tradicional é cada vez menos representativo do mundo do trabalho.[142] (GAUTHIER, 2017, p. 109).

Tais aspectos levam à potencialização da dominação do trabalhador pelo sistema, apesar da aparente liberdade que o reveste.

Continua e continuará sob a chantagem do desemprego (ou falta de ocupação remunerada) e de forma ainda mais cruel, pois a vinculação ao tomador poderá se dar de forma ainda mais descontínua e fragmentada, seja por “hits de trabalho”, no mercado ao estilo “Mechanichal Turk”, inaugurado pela Amazon; seja porque poderá ser formalizado um contrato de trabalho intermitente, que passou a ser admitido no Brasil com a reforma trabalhista.

Esse novo modo de ser do trabalho torna o trabalhador mais vulnerável etc. Mas além disso, ou também por isso, é mais um elemento que conspira contra o sindicato, na medida em que dificulta a formação dos laços de solidariedade e o sentimento de pertencimento.

Em qualquer das hipóteses, o trabalhador sequer poderá se programar e ter expectativas quanto a uma previsão de recebimentos a médio e longo prazo, o que o manterá ainda mais refém e docilizado no sistema.

Possivelmente esse trabalhador terá que ter outras “ocupações” para conseguir manter ou se aproximar da média de ganhos que auferia, inicialmente, sobretudo a partir das mudanças na forma de contratação que passaram a ser permitidas com a Lei 13.467/17, que permitem eliminar “tempos mortos” e que seja remunerado apenas o tempo em que durar a prestação da tarefa contratada, exacerbando a mais-valia.

---

[142] A nova economia e os novos negócios estão revolucionando massivamente o contrato social, no qual tem se verificado:
a) **despersonalização crescente do mercado em “linha”** (se perdem vestígios das relações pessoais entre os consumidores e provedores de bens e de serviços);
b) **descentralização extrema, que leva à atomização do mercado:** as **empresas já não contratam trabalhadores, exceto os mais imprescindíveis, visto que seu modelo de negócio consiste em colocar em contato o demandante do serviço com o provedor deste, onde os custos da transação são quase nulos, graças à tecnologia**.
A economia compartilhada é uma lagoa gigante que permite que as empresas **transformem seus empregados regulares em trabalhadores independentes ou contratantes independentes** para a redução de custos que ele representa.
c) **nova forma de remunerar o trabalho.** O valor do trabalho se reduz apenas a aqueles exatos minutos que dura a prestação da tarefa ou serviço contratados. Eliminação dos chamados tempos mortos
d) **mercantilização dos tempos de inatividade.** Muitos prestadores de serviços utilizam o que seria tempo livre para obter renda extra em relação aos empregos regulares. (GAUTHIER, 2017, p. 109-110)

Contraditoriamente, apesar de ser reduzida a quantidade de tempo que vai ser remunerado pelo empregador ou tomador do serviço, intensificam-se as contratações na modalidade de teletrabalho e ajustes contratuais que submetem o trabalhador a ficar "conectado" em tempo integral às atividades laborais.

Esvazia-se o critério para a remuneração do tempo, mas o trabalho (ou ocupação) vai preenchendo todos os espaços da vida e escravizando psicologicamente o trabalhador no contexto da concorrência interindivual e da empresa.

O desemprego associado à mudança da forma de remunerar o trabalho contribuiu para dizimar a resistência.

O que é ainda mais grave: admite-se a mercantilização do trabalho e que se troque saúde e integridade física e psíquica, bem como o direito à desconexão*, pelo acúmulo de vários trabalhos para complementar a renda.

À medida que se consegue reduzir a necessidade do trabalho vivo e aumenta a utilização do trabalho morto, o capital impõe a metodologia de desvalorização do trabalhador (ANTUNES, 2018, 52). Assim, o trabalho como atividade humana, que deveria ser dotado de certo caráter vital e ser o ponto de partida para constituir o ser social e emancipá-lo, perde, cada vez mais esse caráter e passa, de forma mais intensa ainda do que nos outros modos do capitalismo, a consistir em simples meio de subsistência, reduzindo-se à natureza de mercadoria e reduzindo o trabalhador a esta condição.

A estratégia do capital de criar "um grau tão duro de precarização das condições de trabalho e de vida" mantém a grande maioria dos indivíduos envolvida no "projeto individual básico da sobrevivência", que impede a visualização dos ataques[143] aos direitos e avanços obtidos a custa das lutas de classes. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 15).

Portanto, tal como se verifica de forma mais ampla em relação à racionalidade neoliberal, a captura da subjetividade na dimensão das relações laborais confere sustentação aos mecanismos de dominação, como ressalta Alves:

> O processo de precarização do trabalho no capitalismo global atinge a "objetividade" e a "subjetividade" da classe dos trabalhadores assalariados. O eixo central dos dispositivos organizacionais (e institucionais) das inovações organizacionais do novo complexo de reestruturação produtiva é a "captura" da subjetividade do trabalho pela lógica do capital. É a constituição de um novo nexo psicofísico capaz de moldar e direcionar ação e pensamento de operários

[143] Observação feita por SOUTO MAIOR (2017, p. 15) ao se referir à aprovação da Lei 13.467 de 2017 como uma derrota da classe trabalhadora brasileira, que "não pôde nem mesmo visualizar a tempo a dimensão do ataque que sofria". Derrota esta que teria sido iniciada muito antes, quando perdeu a referência de si mesma ante o duro grau de precarização das condições de trabalho e de vida a que é submetida.

> empregados em conformidade com a racionalização da produção. (ALVES, 2011, p. 110).

Mais do que a simples aceitação da escravidão moderna pelos indivíduos, como se o trabalho, por mais precário que seja, se constitua em privilégio na era digital, a captura da subjetividade se aprofunda a ponto de ir além da retirada do sentimento de pertencimento de classe, pois a deturpa. O indivíduo introjeta tanto a concorrência de empresa nas relações interindividuais que passa a se conduzir e pensar como se fosse o sujeito que explora o trabalho por conta alheia.

Trata-se da tomada da subjetividade do trabalhador pelo capital sob o prisma do empreendedorismo[144], da "síndrome do patrão"[145], que pode ser compreendida, em parte pelo individualismo e pela perda de certezas e referências, o que nos leva ao pragmatismo, à flexibilidade, à hipertrofia do presente, contemporaneamente.

Esta tomada de subjetividade se concretiza, na prática, mediante práticas como pejotização (ideologia da figura do "colaborador" ou parceiro do empreendimento); e ideologias da *school of life* (a ideia de trabalhar com a atividade que se ama permite o controle até dos sentimentos do trabalhador pelo empregador).[146] (TEODORO, 2017, p. 18-19).

Portanto, as novas formas de trabalhar e de dominação que decorrem das metamorfoses do sistema capitalista na sua fase digital contemporânea dificultam ainda mais a inserção social efetiva dos indivíduos que vivem do trabalho, pois obstam o pleno acesso aos bens materiais e imateriais necessários para a constitucionalização substancial e para a efetivação da dignidade humana; ceifa a participação (e assim, a cidadania), bem como a justiça social.

Nesse cenário, intensifica-se a importância da atuação dos sindicatos e das associações de representação de classe. No entanto, contraditoriamente, é exatamente no momento em que

---

[144] No Brasil, nas últimas décadas, há grande estímulo ao empreendedorismo, sob o argumento do aumento dos postos de trabalho e da participação das pessoas na economia.
As micro e pequenas empresas garantem mais da metade dos empregos formais no mercado de trabalho e, assim, também têm ligação com a circulação de riquezas e na geração de renda, principalmente para as classes mais pobres, pois empregam trabalhadores menos qualificados.
Porém, a taxa de mortalidade das MPE's (22% encerram as atividades no segundo ano de existência) faz com que os empregos gerados sejam de má qualidade ou de curta duração.
Ainda assim, "funcionam como postos de treinamento e qualificação de trabalhadores, desempenham função complementar em relação às grandes empresas. (TEODORO, 2017, p. 17).

[145] Expressão utilizada por Maria Cecília Máximo Teodoro, em alusão à "Síndrome de Estocolmo", relacionada ao assalto a banco ocorrido em 1973, na Suécia, e ao estudo de que "nas relações torturador-vítima também se estabelecem vínculos identificatórios". (TEODORO, 2017, p. 17).

[146] O capital adota a estratégia de fazer os trabalhadores acreditarem que amam o trabalho (mediante reconhecimento na empresa; política do cooperativismo e da colaboração mútua), para que haja aumento de produtividade e dos lucros. (TEODORO, 2017, p. 18).

eles perdem poder que se implementam, no Brasil, reformas profundas, como a trabalhista e a previdenciária.

3.2.2 Ainda o contexto: a crise do sindicalismo no Brasil

Os "sindicatos representaram, nos primeiros tempos do desenvolvimento do capitalismo, um progresso gigantesco da classe operária, pois propiciaram a passagem da dispersão e da impotência dos operários aos rudimentos da união de classe." (LÊNIN apud SITRAEMG, 2016).

No entanto, ocorreram muitas mudanças no cenário político, econômico e social que contribuem para a crise do sindicalismo, o que, no Brasil, é também agravado pela estrutura sindical imposta, sendo pertinente a ponderação de Romita a respeito:

> O poder sindical sofre evidente erosão, por força das novas características históricas [...] o capitalismo muda, o sindicalismo muda com ele. O capitalismo se transforma: o poder sindical se enfraquece, mas tenta adaptar-se prestando-se para uma nova correlação de forças. (ROMITA apud AROUCA, 2003, p.463).

As transformações nas formas de trabalhar e dos mecanismos de dominação ocorridas nas últimas décadas, a partir da década de 1970, com *picos* de potencialização a partir da crise iniciada em 2008 e da reforma trabalhista em 2017 no Brasil, promovem o esfacelamento não apenas dos sindicatos, mas de outras organizações de representação dos interesses do mundo do trabalho, tais como associações e partidos.

Entre tais aspectos que contribuem para a crise do modelo sindical, destacam-se a flexibilização, a desregulamentação e, sobretudo, a terceirização. Esta pulveriza física e juridicamente os trabalhadores, criando dificuldades para a agregação a partir do conceito de categoria que é utilizado para o enquadramento no sistema de unicidade aplicado no Brasil. Além disso, potencializa a concorrência entre os indivíduos.

O uso generalizado da terceirização, das plataformas digitais e dos empreendedores "independentes" levou ao surgimento da chamada nova classe trabalhadora de serviços, nascida a partir do final do século XX e início do século XXI, também identificada como classe de trabalhadores "precariados", que desafia o formato tradicional das organizações de representação de interesses dos trabalhadores.

Como apontam Pochmann e Morais, os sindicatos ainda não assimilaram a forma de reagir diante dessa nova realidade, de maneira que, quando reagem, "[...] sucedem-se manifestações sociais de natureza espontânea, desconectadas e desarticuladas de um projeto maior de transformação do capitalismo." (POCHMANN; MORAIS, 2017, p. 13).

Arouca explica que, na avaliação de Romita:

> [...] os sindicatos não estavam preparados para enfrentar desafios como a crise do emprego, ocupados apenas em reivindicar maiores salários e melhores condições de trabalho. A par do continuado esvaziamento do quadro associativo, perdem o poder de barganha, até porque a negociação coletiva interioriza-se nas empresas, deixando de lado a categoria e neste passo "o sindicato não reúne as mesmas qualificações como interlocutor, podendo ser substituído (em certos casos, até coca (ou conselhos de estabelecimento, comitês de empresa)". Também decisivo [...] o desaparecimento da antiga comunhão de interesses, diante da atomização das atividades produzida pelo teletrabalhador, por novas formas de trabalho em domicílio, pelo trabalho informal. (AROUCA, 2003, p.463).

Como ressalta Gomes (2011, p. 48) a crise sindical se relaciona com a tendência de individualização das relações de trabalho e com o estabelecimento do sindicalismo de empresa ou de participação, que integrou o modelo da Toyota e se expandiu mundialmente, em detrimento do sindicalismo de classe das décadas de 1960 e 1970.

A fragmentação da empresa é também a fragmentação do universo operário, que não se recompõe mesmo quando a empresa se recompõe em forma de rede, pois os terceirizados não se integram aos trabalhadores permanentes. (VIANA, 2004).

A pulverização e fragmentação em diferentes categorias dificulta a ação sindical e acarreta a intensificação de tendência corporativista no âmbito sindical, "na qual se procura preservar os interesses dos segmentos que compreendem o trabalho precário, terceirizado, parcial, denominado por Antunes como *subproletariado"*. (ANTUNES apud GOMES, 2011, p. 50).

Acerca da crise do sindicalismo, Rodrigues aponta:

> [...] deve-se mais a razões externas do que internas, isto é, mais a mudanças no ambiente no qual o sindicalismo vive do que a processos derivados do envelhecimento do sindicalismo como organização (esclerose burocrática, acomodação à ordem industrial, por exemplo), que resultariam de seu próprio crescimento num ambiente externo relativamente estável. (RODRIGUES, 1999, p. 21).

Em tal cenário complexo, ressalta Antunes que a crise é de identidade dos organismos de representação da classe trabalhadora. Pondera que os sindicatos

> [...] foram forçados a assumir uma ação cada vez mais defensiva, cada vez mais atada à imediatidade, à contingência, regredindo sua já limitada ação de defesa de classe no universo do capital. Gradativamente foram abandonando seus traços anticapitalistas, aturdidos que estavam, visando a preservar a jornada de trabalho regulamentada, os demais direitos sociais já conquistados e, quanto mais a "revolução técnica" do capital avançava, lutavam para manter o mais elementar e defensivo dos direitos da classe trabalhadora, sem os quais sua sobrevivência está ameaçada: o direito ao trabalho, ao emprego. (ANTUNES, 2003, p. 150).

Diante desse papel diminuto a que se restringiu a atuação sindical, desvelou-se que o ator social não mais representava uma eficaz resistência ao processo de precarização do

trabalho e nem mesmo se prestava a realizar o contraponto crítico ao sistema capitalista e suas mazelas. Decerto, esse afastamento da estrutura sindical com aquilo que sempre foi tido como a sua própria essência desencadeou um grande processo de dessindicalização[147].

Dito de outro modo, denota-se que, sem compreender a dimensão da crise imposta pelo capitalismo e, ainda, as profundas transformações que se faziam necessárias no modo de agir sindical, atualizando-o à luz do novo contexto do modo de produção, o sindicalismo viu suas estruturas atingidas, perdendo, em certa medida, seu caráter transformador e emancipatório (os que ainda o tinham).

Inegável ainda que com menos filiados os sindicatos já não conhecem as empresas *por dentro* e, por consequência, também desconhecem os sofrimentos dos trabalhadores nesse ambiente. Ademais, com a baixa sindicalização, os filiados sofrem enorme pressão empresarial, sendo alvo de práticas antissindicais, o que dificulta sobremaneira a atuação dos sindicatos no âmbito interno da empresa.

Importante notar também como o fomento à competitividade interna de grupos de trabalhadores na mesma empresa - da implementação de remunerações extras à colaboração na vigilância das atividades -, num modelo supostamente inspirado na meritocracia, consentiu mascarar o real intuito deste novo tipo de gestão empresarial: aumentar a produtividade e a qualidade, além de acirrar a concorrência entre empregados, minando a solidariedade da classe trabalhadora, reduzindo as possibilidades de que pudessem se unir ou mesmo se opor aos desígnios do empregador.

Passou-se, então, "da identidade de classe, centrada no sindicato, à identidade com a empresa" (GORZ, 2004), sendo certo que, como bem assinalam Luc Boltanski e Ève Chiapello (2009, p. 299), "os novos métodos de gestão das relações humanas tiveram o efeito de diminuir muito o nível de conflitos nas empresas e evitar os sindicatos". Todo esse conjunto de fatores somados dão a exata medida do real esfacelamento da resistência coletiva operária.

> [...] agrava-se a desarticulação da união dos trabalhadores, do sentimento de classe e fulmina-se a possibilidade de organização política e de reivindicação, evidenciando o problema estrutural e de falta de representatividade dos sindicatos.
>
> A ausência de pertencimento e de reconhecimento fazem com que o empregado se identifique cada vez mais com o patrão, "enfraquecendo e indo contra o próprio Direito do Trabalho." (TEODORO, 2017, p. 21).

[147] Segundo dados do IBGE, a taxa de sindicalização no Brasil, em 2011, era de 17% da classe trabalhadora, valendo registrar que na década de 1980 essa taxa chegou a ser de 32%. IBGE

Assim, com o movimento sindical enfraquecido, seja pela substituição da solidariedade pelo individualismo, seja pela fragmentação da representação das classes profissionais decorrentes da terceirização, seja pela automatização e demais metamorfoses das formas de trabalhar e de contratação, o temor do desemprego leva à apatia dos próprios trabalhadores, que preferem preservar qualquer emprego, deixando, muitas vezes, conscientemente, de reivindicar o cumprimento da legislação trabalhista e de lutar por condições dignas de trabalho e de vida.[148]

No entanto, como já visto neste capítulo:

> [...] permanecem ainda formas de luta herdadas da fase de predomínio do novo sindicalismo, com a hierarquia e a estruturação das negociações coletivas de trabalho. Por conta disso, as greves gerais do ano de 2017 no Brasil não deixaram de expressar certo padrão híbrido de organização e lutas dos trabalhadores, compatível, inclusive com as jornadas de mobilização que em 2013 seguiram o processo de 'propagação viral' de protestos, conforme também registrado em outros países." (POCHMANN; MORAIS, 2017, p.77).

Os aspectos mencionados e, especialmente, a dessindicalização, dizem respeito diretamente ao enfraquecimento do poder sindical e talvez daquele que seja seu principal instrumento de pressão sobre as empresas: a greve. Como mobilizar para um movimento grevista ou para qualquer outro ato de resistência e de reivindicação uma categoria fragmentada e não sindicalizada que tem potencializado o temor do desemprego?

Parece inconteste que a greve é fundamental como direito da classe trabalhadora e "sindicatos fracos em termos de trabalhadores filiados têm baixa capacidade de mobilização e necessitam esperar contextos de crise extra-sindicais para conseguir vantagens significativas". (RODRIGUES, 1999, p. 123).

Quanto a esse aspecto, destaca-se a observação de Lazzarato: "às desregulamentações da economia, do trabalho e dos direitos sociais contrapõe-se uma desregulamentação do conflito." (LAZZARATO, 2017, p. 221).

Como complementa Viana: "na mesma medida em que os direitos sociais vão escorregando para fora da proteção, os conflitos escapam da normalidade e da própria lei." (VIANA, 2017, p. 39).

Por outro lado, as mesmas profundas metamorfoses ocorridas no mundo produtivo do capitalismo contemporâneo que desestruturam a atuação sindical têm outra face. Levam à ampliação da noção de classe trabalhadora, que, segundo Antunes,

---

[148] Isso não significa que antes desse momento de enfraquecimento do movimento sindical o trabalhador individual exigia do empregador o cumprimento da lei, mas diante desse contexto, a apatia e falta de oposição e de resistência por parte dos trabalhadores se intensificam.

> [...] em sua nova morfologia, deve incorporar a totalidade dos trabalhadores e trabalhadoras, cada vez mais integrados pelas cadeias produtivas globais e que vendem sua força de trabalho como mercadoria em troca de salário, sendo pagos por capital-dinheiro, não importando se as atividades que realizam sejam predominantemente materiais ou imateriais, mais ou menos regulamentadas." (ANTUNES, 2018, p. 31).

Além disso como ressalta Viana (2017, p. 39), "a greve pode se espraiar por outros ambientes, mesmo fora do trabalho, assim como pode até mesmo pressionar quem não é responsável direto pelo problema. Na verdade, a greve trabalhista, hoje, parece até 'perder o protagonismo para outras greves'." (CAPARRÓS apud VIANA, 2017, p. 39).

Viana complementa que:

> Essas e outras formas de manifestação também acentuam a face lúdica dos conflitos coletivos, ao mesmo tempo em que entram em sintonia com o pós-moderno de ser - bem mais irreverente, informal, que o padrão de décadas atrás. Com isso, as greves atípicas podem recuperar a simpatia (ou pelo menos evitar a antipatia) da população, ganhando mais legitimidade. (L'ÉRE DU VIDE apud VIANA, 2017, p. 39).

Poderia essa ser uma luz no fim do túnel para a superação desse momento de crise e desprestígio dos sindicatos?

Assentadas algumas questões relevantes acerca do processo de enfraquecimento das organizações sindicais, a evidenciar sua crise no quadro atual, é possível fixar duas premissas acerca do contexto conjuntural em que se finca a ideia de sobreposição do negociado sobre o legislado no Brasil: (i) a racionalidade neoliberal dissipa as resistências individuais e coletivas; (ii) o sindicalismo está em crise.

Diante desse quadro patológico da defesa coletiva do mundo do trabalho, apresenta-se a Lei n. 13.467 de 2017, que prevê a prevalência do negociado sobre o legislado. Como se disse, exatamente no momento de maior fragilidade do movimento sindical, oportunisticamente, se lhe concede a liberdade para transigir com os direitos dos trabalhadores em limites abaixo do patamar mínimo civilizatório estabelecido pela legislação trabalhista.

3.3 Reforma trabalhista: a proposta de colocar os caminhos do Direito do Trabalho e do Direito Civil no mesmo curso e o risco de retornar à origem de tudo: o individualismo

3.3.1 Movimentos flexibilizatórios e reformistas da regulamentação trabalhista

Como exposto ao longo desse capítulo, nas últimas décadas tem ocorrido a substituição dos direitos e garantias, como o emprego, pelo que agora se denominam

“liberdades”, entre as quais se destaca a liberdade de trabalhar que, como tal, não exigiria políticas públicas de intervenção. (FLORES, 2016, p. 2).

Em momentos de crise econômica, de forma cíclica, se intensificam as críticas sobre as políticas voltadas para questões sociais, bem como sobre o direito do trabalho, na perspectiva de **culpabilização** deste ramo jurídico, como se sua fisionomia tutelar fosse entrave ao crescimento e ao progresso.

Nesse sentido, Reis e Coutinho explicam que o motivo da “constante e furiosa perseguição” ao Direito do Trabalho na sociedade capitalista está relacionado à sua característica de “consagrador de direitos sociais conquistados pela luta dos trabalhadores”, que “comprime a essência do regime do lucro, limitando sobremaneira parte de sua veia liberal”, apesar do traço de ambivalência que faz com que possa ser “temporariamente útil à burguesia, sempre que for utilizado como contemplação ou freio às transformações revolucionárias de classe”. (REIS; COUTINHO, 2017, p. 73).

O tempo evidencia os efeitos decorrentes das escolhas feitas em contextos de crise econômica e sob a ideologia neoliberal de flexibilização das normas trabalhistas.

López avalia que, na Espanha, a flexibilização de entrada, isto é, a generalização dos contratos atípicos, com maior espaço para a adoção de contratos a termo, não teve o resultado propagandeado. Não há relação significativa entre contratação temporária e criação de emprego. Ao contrário, é usada para substituir trabalhadores fixos, para precarizar. (LOPEZ, p. 16).

Mesmo assim, em virtude da crise financeira e econômica que atingiu todo o mundo, entre 2008 e 2014, foram realizadas reformas trabalhistas em mais de 100 países de economias em desenvolvimento e desenvolvidas, dentre os quais: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Holanda, Indonésia, Jamaica, Malásia e Turquia.

Adascalitei e Morano (2016) destacam que foram utilizadas como justificativa pelos governos para a aprovação das reformas principalmente o aumento das taxas de desemprego e as políticas fiscais e financeiras.

Os autores elaboraram pesquisa tendo como base de referência parâmetros da OIT.[149] Constataram que os países membros da União Europeia e os países com economias desenvolvidas foram os que mais reformaram a legislação trabalhista, sendo que, de modo geral, essas intervenções aumentaram nos primeiros anos após o início da crise. (ADASCALITEI; MORANO, 2016).

[149] As principais bases de referência foram marcadores da OIT: EPLEX, referente às legislações de proteção ao emprego, e o NATLEX, que trata de trabalhos nacionais, seguridade social e legislação de direitos humanos.

Dentre as conclusões da pesquisa, apontaram que a maioria das intervenções foi no sentido de diminuir os níveis existentes de regulamentação (55%)[150], sendo que entre os países que adotaram medidas flexibilizatórias, a maioria das alterações se deu em relação aos contratos permanentes (30%), tendo também afetado a negociação coletiva (27%) e contratos temporários (13%). (ADASCALITEI; MORANO, 2016).

Quanto aos efeitos das reformas implementadas nas primeiras décadas do século XXI, Adascalitei e Morano concluíram que a flexibilização não afetou as taxas de desemprego no curto prazo, mas, implementadas em tempos de crise tais medidas têm efeito negativo em curto prazo. (ADASCALITEI; MORANO, 2016, p. 23).

O Brasil foi um dos primeiros países, ainda no século XX, quando iniciada a onda flexibilizatória, a editar normas com esse caráter, que se revelaram, de forma maciça, precarizantes.

Além de criar o FGTS, em 1966, que levou, posteriormente, com a Constituição de 1988, à supressão da estabilidade decenal, criou novas formas de contratação (trabalho temporário - Lei. n. 6019/74; contrato de estágio - Lei n. 6.494/77), admitiu a possibilidade de redução de salário e da jornada em situações de crise empresarial, via ajuste coletivo ou decisão do juiz (Lei n. 4.923/65) e a prática do banco de horas ou compensação anual de jornada, entre várias outras situações.

Contudo, pouco depois de implementadas medidas flexibilizatórias, não apenas no Brasil como em alguns outros países, verificou-se que, ao contrário do que fora anunciado, em nada contribuíram para a redução dos índices de desemprego.

Até porque as mudanças nos modos de produzir e de trabalhar que afetaram profundamente a vida dos trabalhadores não aconteceram por acaso. Pelo contrário. Todas elas, inclusive o próprio desemprego, decorreram da necessidade de readaptação do próprio sistema capitalista para que continuasse a se expandir e permitir a acumulação. Assim, na verdade, não interessava realmente ao sistema reverter aquele quadro.

A alta rotatividade e a falta de capacitação da mão de obra no Brasil, aspectos nefastos às exigências pós-fordistas de especialização flexível e de "empregabilidade", são efeitos diretamente relacionados à escolha que foi feita na contramão do princípio da continuidade da relação de emprego e da função teleológica do Direito do Trabalho, de flexibilizar as normas acerca da dispensa no Brasil.

---

[150] Embora haja bastante variação entre as regiões por existirem economias em desenvolvimento reforçando a legislação.

Já no século XXI, ante o contexto já descrito e, diante da conjuntura política e econômica no Brasil, os ventos reformistas voltaram a soprar de forma intensa, ante a força imensa do capital.

Assim é que, apesar de ter sido a Constituição de 1988 um marco de conquistas das lutas sociais, sob vários aspectos, o capital nunca permitiu que muitos dos direitos fundamentais nela previstos fossem efetivados (HAZAN, 2017, palestra). Assim, em boa parte, no plano do Direito vivido, foram sendo destruídos mesmo os "pequenos avanços experimentados na realidade brasileira". (SOUTO MAIOR, 2017, p. 12).

Como pontua Hazan (2017a), o capital "precisava destruir a Constituição" e, assim, "além de ter gestado junto ao Executivo e o Legislativo as alterações legislativas flexibilizantes, (o capital) também gestou a destruição das organizações da classe trabalhadora, ou seja, dos sindicatos."

Do ponto de vista do capital, o ataque aos sindicatos se justifica ante a importância da atuação da classe trabalhadora e de suas organizações no processo de lutas e de conquistas. Hazan (2017a) relembra que foi a atuação desses atores sociais que serviu de ameaça e óbice para o capital, que vem tentando impor sua vontade desde a Revolução Francesa. Não fossem as lutas desses para diminuir a fome do capitalismo,

> [...] ainda estaríamos na escravidão [...] não teríamos o direito do trabalho, os direitos humanos e sociais, a OIT, o Pacto de Sao José da Costa Rica e, no Brasil, [...] não teríamos na Constituição de 1988 os direitos humanos sociais; a previsão da prevalência do trabalho sobre o poder econômico e o Estado Democrático de Direito por justiça social [...] Só depois de muita luta, muita greve e morte que o sistema capitalista liberal resolveu ceder a algumas das reivindicações da classe trabalhadora [...]. (HAZAN, 2017a).

Por isso é que se travou uma verdadeira batalha ideológica, vencida hoje pelo capital, que além de tudo conseguiu convencer a população em geral da prescindibilidade dos sindicatos e deturpar a imagem dessas organizações perante os próprios trabalhadores.

Mesmo com ataque aos sindicatos, não foi anulada a capacidade de oposição dos atores sociais, o que se confirmou pelo "potencial emancipador das manifestações de junho de 2013", que levaram "o poder econômico internacional" a reagir, fazendo-se "refém o governo logo no ano seguinte". (SOUTO MAIOR, 2017, p. 16)

O aumento da pressão fez com que "o PMDB, ainda compondo o governo, em 29/10/15" anunciasse o seu programa "Uma Ponte para o Futuro", que previa a realização de 'reformas estruturais' necessárias para alavancar a economia, falando, inclusive, de alterações

nas leis e na Constituição, cujas 'disfuncionalidades' deveriam ser corrigidas.” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 16-17).

O capital potencializa sua atuação nos três Poderes, gestando até conseguir força total para tentar eliminar até onde for possível direitos humanos e sociais da classe trabalhadora brasileira, usando a corrupção, a mídia e a classe média. (HAZAN, 2017a).

Ainda, em 2016, verificou-se a intensificação do discurso de que o Direito do Trabalho deve ser flexibilizado, com duras críticas à Justiça do Trabalho, até mesmo por Ministro do STF (Gilmar Mendes) e pelo próprio Presidente do TST[151], inclusive no contexto do corte discriminatório de recursos a serem repassados para viabilizar o funcionamento da Justiça do Trabalho, que teve propósito estratégico: enfraquecer o Direito do Trabalho.[152]

Mas a pré-reforma envolveu mais do que a propagação de discursos com a tônica dada pelos Ministros e o boicote à Justiça do Trabalho para atingir o Direito do Trabalho, tendo sido iniciado o processo de desconstrução com decisões proferidas pelo STF, sobretudo a partir de 2015.

Para Hazan, mesmo antes disso, o Poder Judiciário “se prestou a gerir e a gestar a vontade do poder econômico da não efetivação da Constituição”. Apesar de existirem também juízes que se diferenciam, que têm uma visão social do Direito não foi o entendimento deles que prevaleceu no STF, no TST e no STJ. (HAZAN, 2017a).

No mesmo sentido, Reis e Coutinho sustentam que o STF:

> [...] tanto pelo exercício do controle concentrado, quanto pelo controle difuso, tem restringido sobremaneira a regulação estatal das relações de trabalho no Brasil, conferindo ao mercado da livre iniciativa poder exacerbado para retroceder em inúmeras conquistas sociais relevantes oriundas das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores. Assim o faz, registre-se, com base numa leitura constitucional absolutamente dissociada do valor trabalho humano por ela protegido nos princípios fundantes da República (art. 1º), nas disposições dos direitos sociais (art. 7º) e na principiologia de viés social que orienta a ordem econômica e financeira (art. 170 e seguintes). As reiteradas decisões do STF ignoram, de igual modo, o Direito Internacional do Trabalho, o longo e tormentoso percurso de luta da afirmação do Direito do Trabalho bem como seus princípios e fundamentos. (REIS e COUTINHO, 2017, p. 59).

[151] À época, Ives Gandra Martins Filho.

[152] Ao cortar recursos da Justiça do Trabalho, criando dificuldades para o seu funcionamento, inclusive com redução do horário de atendimento ao público e da realização das audiências, o próprio direito do trabalho é atingido. A falta de efetividade do provimento jurisdicional alimenta a desesperança no Poder Judiciário e o pensamento de que vale a pena descumprir as leis trabalhistas; é economicamente vantajoso para o empregador o descumprimento, fator também decorrente de aspectos cultuais – síndrome do descumprimento e hiprocrisia constitucional, mesmo com a mudança de paradigma na hermenêutica constitucional e da ideia de jurisdição). Daí o simbolismo das restrições de acesso à justiça, mais uma estratégia de dominação, com vistas a inviabilizar, por completo, qualquer tipo de resistência.

Assim, não apenas o legislador mas também o STF ressignificam o Direito do Trabalho positivo por uma perspectiva de desregulamentação e flexibilização[153], dando poder ao mercado que busca aumentar os ganhos no caminho da precarização, "a ponto de deixar para a classe trabalhadora apenas meios de subsistência precários como forma de remuneração pelo labor prestado", em cenário político favorável para as reformas trabalhista e previdenciária. (REIS; COUTINHO, 2017, p. 60-63).

Em que pese terem sido várias as decisões do STF que evidenciam sua tendência no caminho da flexibilização trabalhista, destaca-se o julgamento do RE 590.415/SC, mediante o qual foi sinalizada, claramente, sua posição favorável à prevalência do negociado sobre o legislado, em sentido oposto ao então adotado pelo TST.

No caso, foi adotado o entendimento de que nos casos de Planos de Dispensa Incentivada – os chamados PDIs –, é válida a cláusula que dá quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de emprego, desde que esse item conste de Acordo Coletivo de Trabalho e dos demais instrumentos assinados pelo empregado. (BATISTA, 2018).

Além disso, em setembro de 2016, no contexto político, o Supremo Tribunal Federal designou uma pauta composta integralmente de processos que diziam respeito à flexibilização de questões trabalhistas. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 20-21).

Como ressalta Souto Maior (2017, p. 20), é evidente que a finalidade foi "promover uma autêntica 'reforma' jurisprudencial trabalhista, passando por cima dos entendimentos, nas mesmas matérias, já expressos pelo TST, como se verificou no conteúdo dos julgamentos proferidos."

Explicando a razão das mudanças na regulação das relações de trabalho no Brasil por meio do STF, Reis e Coutinho pontuam que:

---

[153] Reis e Coutinho (2017, p. 61-63) apontam "algumas decisões do STF capazes de colocar em xeque a eficácia do Direito do Trabalho e do seu processo", dentre as quais se destacam as referentes aos seguintes temas: liberação da terceirização generalizada, incluindo atividade-fim (2014 - Agravo n. 713.211); limitação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos (2007 - Mandado de Injunção 712-8); restrição de direitos trabalhistas dos empregados contratados pelo Poder Público sem concurso público (2014 - Recurso Extraordinário n. 705.140); limitação da substituição processual pelo sindicato laboral (2014 - Recurso Extraordinário n. 573.232); redução do prazo prescricional para o empregado reclamar contra a falta de recolhimento do FGTS (2014 - Recurso Extraordinário com Agravo n. 709.21); prevalência do negociado sobre o legislado para conferir validade ao pacto coletivo redutor de direitos trabalhistas de empregados optantes por Plano de Demissão Voluntária - PDV (2015 - Repercussão Geral em Recurso Extraordinário n. 590.415); prevalência do negociado sobre o legislado, com a supressão do pagamento de horas *in itinere* por força do oferecimento de suposta vantagem compensatória (2016 - Recurso Extraordinário n. 895759); declaração de invalidade jurídica da Súmula 277 do TST, consagradora da ultratividade das normas coletivas (2016 - decisão monocrática em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 323).

> [...] uma flexibilização silenciosa ou precarização não ruidosa do Direito do Trabalho, dotada de maior segurança jurídica e cercada de legitimidade decorrente da autoridade e da aparente imparcialidade da principal corte judiciária do país, se adequa perfeitamente à política burguesa, que visa à desconstrução das estruturas sociais erigidas pela luta da classe trabalhadora contra o despotismo do capital. (REIS; COUTINHO, 2017, p. 63).

O Poder Judiciário, assim, "abriu a porteira para que o poder econômico - já que construiu todo esse arcabouço doutrinário e jurisprudencial a seu favor no Poder Judiciário - tentasse construir também o ganho no Poder Legislativo e no Poder Executivo." (Hazan, 2017a).

Assim, na sequência das medidas flexibilizatórias, deu-se a reforma trabalhista, inicialmente, no âmbito da atuação do Poder Judiciário - tendo o STF "se apresentado como agente da reforma" (SOUTO MAIOR, 2017, p. 21); e, posteriormente, no dos Poderes Executivo e Legislativo, culminando na Lei n. 13.467/17.

Como conclui Hazan (2017a), a referida Lei foi aprovada pelos defensores dos interesses do capital, sendo mesmo compreensível que este busque manter sua hegemonia e vise o aumento dos lucros em detrimento dos interesses da grande maioria da população mundial.

3.4 O processo legislativo da Lei n. 13.467/17

Acerca do nascimento do projeto de lei que originou a reforma trabalhista, Souto Maior explica:

> O governo não tinha um projeto acabado de reforma trabalhista. O anteprojeto que apresentou ao Congresso Nacional, no dia seguinte, em 23/12/16 (onde recebeu o número PL 6,787/16), foi feito às pressas para abafar a crise política; tinha míseras 9 páginas, incluindo a justificativa, e alterava apenas 7 artigos da CLT, além de propor uma reformulação na Lei n. 6.019/16 (trabalho temporário).(SOUTO MAIOR, 2017).

Concomitantemente a essa tramitação, prosseguiam as investigações por crimes de corrupção, mediante a "Operação Lava Jato", da Polícia Federal. Sob a pressão e no contexto dessa "disputa entre a casta política nacional e a Lava Jato", aquele texto inicial chamado pela imprensa de minirreforma passou a ter 132 páginas, propondo a alteração de mais de 200 dispositivos da CLT, "todas no mesmo sentido, o da proteção dos interesses dos grandes conglomerados econômicos." (SOUTO MAIOR, 2017, p. 23).

O Governo não obteve êxito na votação no Congresso para que o projeto tramitasse em regime de urgência. "Mas a base aliada (...) não se deu por vencida e, em mais um desrespeito às regras do jogo democrático, colocou-se a matéria em votação no dia seguinte,

19/4/17, quando, então a urgência foi aprovada", seguindo-se a aprovação do substitutivo do PL 6787/16 em 26/04/17 na Câmara dos Deputados. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 23-24).

Em que pese ter havido oposição popular mediante manifestação ocorrida em 28/4/17, considerada a maior greve geral da história do Brasil – segundo pesquisa do "Datafolha" - o governo tratou de adotar medidas para arrefecer o movimento das massas.

> [...]demonstrando que estava mesmo disposto a tudo para levar adiante a reforma, por uma questão mesma de vida ou morte, na tarde do dia 24/05/17, Temer edita um Decreto, autorizando o emprego das Forças Armadas para reprimir duramente um grande manifestação contra as reformas trabalhista e previdenciária e a nova lei da terceirização. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 25).

Era flagrante o risco do então presidente Michel Temer não conseguir se manter no cargo, ante às notícias de seu possível envolvimento com o dono da empresa JBS, que motivou denúncia pelo Ministério Público Federal. Por isso, "o governo e todas as demais forças passaram a atuar na lógica do tudo ou nada [...] para conseguir a aprovação da reforma trabalhista." (SOUTO MAIOR, 2017, p. 25).

Diante de tal propósito e articulação de forças, foi manipulado o procedimento na Comissão de Assuntos Econômicos no Senado Federal: o projeto foi considerado lido sem tê-lo sido, pois havia divergências quanto aos trâmites seguidos e suas deficiências técnicas eram evidentes. No entanto, se ele fosse aprovado com emendas, teria de retornar à Câmara do Deputados; assim, o relator recomendou que fossem feitas alterações apenas após a aprovação, pelo Poder Executivo, por meio de Medidas Provisórias. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 25).

Com isso, o Senado examinou o projeto em regime de urgência e, uma semana depois, em 11/7/17, aprovou-o, sem modificações. A Lei 13.467 foi sancionada em 13 de julho de 2017 e publicada no dia seguinte, promulgada após tramitação por sete meses.

3.5 Panorama geral das alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 para enaltecer a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado

As alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17, ápice da reforma trabalhista no Brasil, vão além da modificação dos cerca de 200 dispositivos legais afetados, majoritariamente, no sentido de restringir direitos e garantias já consagrados. As mudanças também impactam na jurisprudência já consolidada quanto a diversas matérias, além de pretender alterar e neutralizar princípios que conformam a própria fisionomia do Direito do

Trabalho e interferir nas fontes desse ramo jurídico, bem como no processo de interpretação, integração, aplicação das normas e até mesmo de criação destas.

Flagrante, portanto, que, apesar do processo legislativo e da ausência de discussão dos projetos e emendas propostos, o resultado da chamada reforma trabalhista foi uma Lei que pretendeu afetar pontos estratégicos e sensíveis do ordenamento jurídico, com o nítido propósito de flexibilização precarizante e de neutralização das resistências. Ainda assim, como se verá adiante, pode comportar saídas para evitar resultados mais gravosos para a sociedade.

Para compreender e analisar a validade e extensão dos efeitos das mudanças promovidas na perspectiva de enaltecer a autonomia da vontade individual (art. 59, §§ 5º e 6º; art. 59-A; art. 75-C, §1º; art. 75-D; art. 75-E, parágrafo único; art. 134, §1º; art. 444, parágrafo único; art. 477-B; art. 484-A, da CLT; art. 507-A; art. 507-B, todos da CLT) e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado (art. 611-A e art. 611-B, da CLT), também é necessário verificar as alterações que se referem às fontes (art. 8º, da CLT) e princípios do Direito do Trabalho (art. 8º, §§ 1º e 3º, art. 611-A e art. 620 da CLT), bem como à limitação da atuação do Poder Judiciário (art. 8º, §3º, e art. 702, alínea *f*, da CLT).

Assim, destaca-se, inicialmente, a alteração do **art. 8º, da CLT**, que se refere às fontes do Direito do Trabalho e à limitação da atuação do Poder Judiciário na análise de validade de acordos e de convenções coletivas de trabalho.

Antes da alteração decorrente da reforma trabalhista, o parágrafo único do art. 8º previa que o direito comum era fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo que não fosse ***"incompatível com os princípios fundamentais deste".***

Já a redação atual do referido dispositivo é a seguinte:

> [...] Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
> § 1 O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho
> § 2-Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.
> § 3º 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.

Como se pode observar, a nova redação informa que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, sem fazer qualquer ressalva acerca da compatibilidade com os princípios como era previsto na redação anterior.

A alteração vem combinada com outros preceitos que foram alterados e visa a se compatibilizar com eles, no sentido de fazer parecer viável, para a solução de conflitos, a aplicação subsidiária de normas *não compatíveis* com os princípios do Direito do Trabalho.

Como também se vê, os demais parágrafos – fugindo ao escopo tradicional de explicitar ferramentas de integração para a aplicação das normas – buscam criar limitações ao exercício da jurisdição. (KOURY, 2018, p. 85).

No caso do §2º, limita-se a atuação do Poder Judiciário no tocante ao conteúdo das súmulas. O intuito claro é restringir o ativismo judicial e a interpretação, integração e aplicação das normas pelo julgador no caso concreto.

Em outras palavras, a intenção é resgatar a escola da Exegese, difundida pelo Código Civil Napoleônico, de 1804 (LIMA, 2017, p. 11), como se fosse possível "proteger" as mudanças abstratas decorrentes da Lei 13.467 da sua aplicação concreta pelos Tribunais do Trabalho.

No caso do §3º, a restrição se refere à análise da validade de acordos e convenções coletivas de trabalho, restringindo o papel do intérprete à análise dos requisitos de validade do negócio jurídico enumerados pelo art. 104 do Código Civil – agente capaz, objeto lícito, forma prevista em lei, ausência de vícios de consentimento e sociais.

A mudança aqui também se insere no bojo das demais alterações que têm o propósito de flexibilizar os limites estabelecidos pelas fontes heterônomas de regulação das relações laborais. Flagrante o intuito de evitar que pela via judicial passe a ser adotado entendimento para restringir a autonomia da vontade que o legislador pretendeu potencializar nas negociações coletivas.

Com o mesmo propósito, a Lei n. 13.467/17 promoveu alteração no **art. 702, alínea *f* da CLT**, que agora fixa, *diretamente*, os critérios e o procedimento para a criação de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, o que era antes competência exclusiva dos próprios tribunais.

Diz a norma:

> [....] Art. 702 - Ao Tribunal Pleno compete:
>
> I - em única instância:
>
> f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já

> tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial.

Além dessas alterações de cunho geral, mas que pretendem resguardar a efetividade na aplicação literal da reforma, foram modificados dispositivos que consagram **princípios** definidores da relação entre as fontes do Direito do Trabalho e que conferem a fisionomia a esse ramo jurídico.

O §3º do art. 8º da CLT, já transcrito supra, enuncia o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva[154], com vistas a chancelar a valorização da autonomia da vontade no âmbito da negociação coletiva.

A previsão também visa a corroborar com o que decorre da combinação do *caput* do art. 611-A da CLT e *caput* do art. 611-B, da CLT[155]: a prevalência da negociação sobre o legislado, ainda que em detrimento dos interesses do trabalhador.

Nessa linha, foi alterado o art. 620 da CLT, de modo a compatibilizá-lo com essa proposta.

A redação anterior previa que "as condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo", evidenciando, pois, o critério flexível de hierarquia característico do direito do trabalho, assentado no princípio das normas mais favoráveis, em harmonia com a Constituição de 1988 e com as normas internacionais.

Com a alteração, passou a constar a prevalência do acordo sobre a convenção coletiva e trabalho, sem maiores ressalvas, induzindo a interpretação de que tal hierarquia deve ser sempre seguida, de modo que pouco importa saber qual dos dois instrumentos normativos é mais favorável ao trabalhador.

A combinação dessas alterações pretende mitigar o princípio da norma mais favorável, que constitui o cerne para estabelecer a hierarquia das normas no Direito do Trabalho.

A pretensão é a de alterar, portanto, o critério de relacionamento entre as fontes do Direito do Trabalho, de modo que as fontes autônomas decorrentes de negociação coletiva prevaleçam sobre as heterônomas.

---

[154] Princípio criado por força de lei, sem que tenha um substrato sólido construído no campo da sociedade.

[155][...] Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).
[...] Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...]

A novidade, portanto, não é a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado, em si – pois isso já ocorria, como será abordado no capítulo 4. A inovação que a nova lei pretende é que essa prevalência aconteça ainda que em prejuízo do trabalhador.

Além disso, a Lei busca imobilizar o Poder Judiciário, ao enunciar o já mencionado princípio da intervenção mínima, com vistas a evitar que seja neutralizada a aplicação da prevalência do negociado sobre o legislado para aplicar norma menos favorável ao trabalhador, a partir de mecanismos tais como controle de convencionalidade e de constitucionalidade.

A Lei 13.467/17 também pretendeu mitigar o princípio da condição mais benéfica, na medida em que inseriu no parágrafo único do art. 444 da CLT que o empregado é livre para negociar diretamente com o empregador, equiparando-se ao sindicato na negociação coletiva, quanto às matérias objeto do art. 611-A da CLT, que será analisado adiante.

Para que essa incrível "emancipação" do trabalhador se opere, basta que se trate de portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Mais especificamente, foram promovidas alterações com vistas a definir como diretriz da autonomia privada[156] tanto no âmbito individual quanto no âmbito coletivo, a prevalência do negociado sobre o legislado e, até mesmo, a prevalência dos acordos coletivos sobre as convenções coletivas do trabalho e do contrato individual de trabalho sobre estes instrumentos normativos.

A Lei n. 13.467/17 procedeu a alterações para **ampliar a autonomia da vontade no âmbito individual**.

Quanto a esse aspecto, a referida Lei promoveu a flexibilização em questões relacionadas à jornada de trabalho.[157]

Destaca-se a possibilidade de ser estabelecido banco de horas por ajuste escrito entre as partes para a compensação no prazo de até 6 meses (art. 59, §§5º e 6º, da CLT)[158] e por ajuste tácito para a compensação no prazo de até um mês. (art. 59, § 6º, da CLT)

---

[156] Expressão que se refere, na realidade, à autonomia da declaração de vontade, ou seja, a forma e não o conteúdo.

[157] Como já visto, passando a admitir como válido o ajuste diretamente feito entre empregado e empregador quanto a matérias que somente poderiam ser objeto de negociação coletiva, transformando assim, direitos de indisponibilidade absoluta individual como de indisponibilidade relativa no âmbito coletivo.

[158] Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.
§ 1ºA remuneração da hora extra será, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) superior à da hora normal.
§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não

Ainda quanto à jornada de trabalho, destaca-se a previsão que admite como válido o ajuste escrito entre empregado e empregador para instituir o regime de trabalho de 12 horas por 36 horas de descanso, flexibilizando o entendimento consolidado na Súmula 444 do TST, que exigia que o ajuste fosse decorrente de negociação coletiva.

Em que pese já existirem trabalhadores realizando atividades em regime de teletrabalho, a Lei 13.467 criou, a partir do art. 75-A, da CLT um capítulo para estabelecer algumas regras, dentre as quais a possibilidade de alteração do regime presencial para este, "desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual" (art. 75-C, §1º).[159]

Também fica relegada às partes autonomia para definir e fazer constar no contrato escrito "as disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado" (art. 75-D da CLT).[160]

No intuito e no afã de potencializar ao máximo a autonomia individual, o legislador quis relegar ao teletrabalhador até mesmo a responsabilidade para adotar as precauções com vistas a evitar doenças e acidentes de trabalho (art. 75-E, *caput* e parágrafo único, da CLT).[161]

---

exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.
[...]
§ 5º O banco de horas de que trata o § 2ºdeste artigo poderá ser pactuado por **acordo individual escrito**, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.
§ 6º É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por **acordo individual, tácito ou escrito**, para a compensação no mesmo mês.
[...] (grifos nosso).
Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante **acordo individual escrito**, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação. [...] (grifo nosso).

[159][...] Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.
§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.
§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. [...]

[160][...] Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.
Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.[...]

[161][...] Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Também quanto às férias, a lei torna possível o seu fracionamento em três e não apenas duas vezes, como antes, "desde que haja concordância do empregado" (art. 134, §1º, da CLT).[162]

Passou a ser previsto o distrato no art. 484-A da CLT[163], como modalidade de extinção do contrato de trabalho, o que enseja o pagamento de verbas *a meio caminho* entre a hipótese de extinção por vontade única do empregado (demissão) e aquela que decorre de vontade única do empregador (dispensa arbitrária ou sem justa causa).

Antes da Lei n. 13.467/17, o distrato, para fins de fixar os direitos e as obrigações rescisórios, era equiparado à dispensa por ato de vontade unicamente do empregador, pois prevalecia o entendimento de que havendo vontade de ambas as partes para a terminação do contrato, sobressairia a vontade do empregador, em consonância com o princípio da continuidade da relação de emprego e da proteção.

Em virtude dos limites decorrentes dos princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas prevalecia o entendimento consolidado na jurisprudência de inaplicabilidade da arbitragem a controvérsias relativas ao direito individual do trabalho, por incompatibilidade.

Já agora, a lei admite expressamente a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem para dirimir conflitos de natureza individual, desde que a remuneração do trabalhador "seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social' (art. 507-A, da CLT[164]).

Como já se observou, a Lei n. 13.467/17 procedeu a alterações para **ampliar a autonomia da vontade também no âmbito coletivo, especialmente ao permitir que –**

---

[162][...] Art. 134 - As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subseqüentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.
§ 1ºDesde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um. [...].

[163][...] Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:
I - por metade:
a) o aviso prévio, se indenizado; e
b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei nº8.036, de 11 de maio de 1990;
II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.
§ 1º A extinção do contrato prevista no **caput** deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos. § 2ºA extinção do contrato por acordo prevista no **caput** deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.[...].

[164][...]
Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cujo, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. [...]

dentro de certos limites - o negociado prevaleça sobre o legislado (combinação dos artigos 611-A; 611-B e 620 da CLT).

O art. 611-A da CLT[165] estabelece um rol exemplificativo[166] de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva e que se previstos em acordos ou convenções coletivas prevalecerão sobre a "lei", como se destaca:

> 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do *caput* do art. 8ºda Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
> I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
> II - banco de horas anual;
> III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
> IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
> V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
> VI - regulamento empresarial
> VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
> VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
> IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual
> X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
> XI - troca do dia de feriado;
> XII - enquadramento do grau de insalubridade;
> XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
> XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
> XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.
> § 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.
> § 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

---

[165] Ressalta-se que a Medida Provisória 808, editada em 14/11/2017 alterou os incisos XII e XIII, bem como o § 5º do art. 611-A, da CLT. No entanto, como a referida Medida Provisória não foi votada no prazo constitucionalmente previsto (art. 62), a redação voltou a ser a já transcrita supra, por ter perdido eficácia em 23/04/2017.
Durante o período de vigência da Medida Provisória 808 de 2017, o texto tinha as seguintes alterações em relação ao oriundo da Lei n. 13.467/17:
[...]
XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em locais insalubres, incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, 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;
XIII - (revogado pela Medida Provisória)
[...]
§ 5 Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho participarão, como litisconsortes necessários, em ação coletiva que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos, vedada a apreciação por ação individual.
[...].

[166] Haja vista o uso no *caput* do dispositivo à expressão "entre outros".

> § 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.
> § 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.
> § 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos. [...].

O art. 611-B da CLT alinha o rol de matérias que não podem ser objeto de negociação coletiva:

> Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
> I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
> III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
> IV - salário mínimo;
> V - valor nominal do décimo terceiro salário;
> VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
> VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
> VIII - salário-família;
> IX - repouso semanal remunerado;
> X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
> XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
> XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
> XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
> XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
> XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
> XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
> XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
> XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
> XIX - aposentadoria;
> XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
> XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
> XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
> 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;
> XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
> XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

> XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
> XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
> XXIX - tributos e outros créditos de terceiros
> XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação
> Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Como já ressaltado, constata-se que a Lei n. 13.467/17, ao promover as alterações na CLT relativas à negociação coletiva, não visou a ampliação de direitos nem a aplicação do princípio da adequação setorial negociada, o que já era possível antes da reforma.

Além de tentar viabilizar a prevalência do negociado sobre o legislado, mesmo que isso não corresponda à aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, as mudanças na legislação pretendem ampliar a gama de matérias que podem ser objeto de transação mediante negociação coletiva, como se a lei fosse suficiente para transformar direitos até então considerados absolutamente indisponíveis em relativamente indisponíveis.

Como explica Viana, "Na tradição do nosso Direito, como se sabe, **a negociação coletiva era como um elevador num prédio sem subsolos. Só podia avançar. Já com a nova regra, porém, constroem--se subsolos. Ele já pode descer."** (VIANA, 2018, p. 138, grifo nosso).

A lógica da reforma trabalhista é a de que passe a ser viável a negociação coletiva sobre direitos e garantias em relação aos quais não se admitia transação ou se as admitia com mais restrições, e que os acordos e convenções coletivas possam ser instrumentos para chancelar a supressão e a retirada e direitos.

Complementando essa lógica e com vistas a assegurar a efetivação do objetivo de moldar um mecanismo dentro do próprio Direito do Trabalho e com ares de legitimidade[167] para desconstruí-lo, a Lei determina que o Poder Judiciário se paute pelo já mencionado princípio da intervenção mínima.

Em suma, o legislador aumenta a possibilidade e a extensão da negociação coletiva (tanto pela ampliação dos limites de conteúdo quanto pela retirada de um piso abaixo do qual não se podia transacionar) e restringe ao máximo o controle de legalidade, de convencionalidade e de constitucionalidade pelo Poder Judiciário.

---

[167] Haja vista a atuação do sindicato e o uso de meio democrático de solução de conflitos e de criação de normas jurídicas, que é a negociação coletiva.

Assim, a potência que a reforma trabalhista pretende atribuir à autonomia privada no Direito do Trabalho, que tem como base a desigualdade e, por isso, nítido viés social, é maior do que a atribuída no âmbito do Direito Civil, que apesar de construído sob a ótica individualista, já sedimentou o condicionamento da validade dos negócios jurídicos aos princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Além disso, as regras sobre custeio sindical foram alteradas com a Lei n. 13.467/17, tendo sido alterado o art. 545 da CLT e outros quanto a esse tema, de maneira que a contribuição sindical deixou de ser obrigatória e passou a ser exigida anuência do representado pelo sindicato tanto para o desconto de contribuições quanto de mensalidades entre outras modalidades de custeio.

Em que pese a contribuição obrigatória ou imposto sindical ter viés antidemocrático, a forma como se deu a alteração – sem regras e prazo de transição, e o fato de não ter sido alterado nenhum outro aspecto da também criticada forma de enquadramento sindical no Brasil, evidencia que o propósito (não declarado) era enfraquecer e desarticular os sindicatos para dificultar contragolpes ao processo de desconstrução do direito do trabalho, o que ficou ainda mais evidente com a Medida Provisória nº 873 de 1º de março de 2019.[168]

Outro aspecto que não se refere diretamente à prevalência do negociado sobre o legislado, mas que também foi alterado com a reforma trabalhista e afeta, sobremaneira, o processo da negociação coletiva enquanto mecanismo de defesa e melhoria dos direitos e garantias já conquistados, é a vedação à ultratividade dos efeitos dos instrumentos, com a incorporação no art. 614, §3º da CLT[169] do entendimento do STF (na contramão da Súmula 277 do TST).

---

[168] A Medida Provisória nº. 873, de 1º de março de 2019, foi editada no mês em que os empregadores procedem ao desconto da contribuição, no valor de um dia de trabalho, devida pelos empregados para repasse aos sindicatos da categoria profissional. Em virtude da reforma trabalhista ter passado a exigir a anuência dos representados como condição de validade do desconto, muitos sindicatos, tentando se reorganizar após o impacto com a alteração da fonte de custeio, fizeram assembleias para o fim de autorizar a cobrança da contribuição sindical que havia deixado de ser obrigatória. No entanto, a referida Medida Provisória, que perdeu vigência em 28/06/2019 (conforme Ato Declaratório do Presidente da mesa do Congresso Nacional nº 43, DE 2019), entre outros aspectos, determinava que a anuência deveria ser prévia, individual e expressa, bem como que a cobrança somente poderia ser feita mediante boleto bancário ou outro equivalente eletrônico, que deveria ser encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa.

[169] "Art. 614 - Os Sindicatos convenentes ou as emprêsas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos."
§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade."

Destaca-se, por fim, que apesar de não terem relação direta com a prevalência do negociado sobre o legislado, corroboram com o propósito da reforma trabalhista no Brasil de atribuir maior autonomia e, consequentemente, mais poder e responsabilidade aos sujeitos individuais e coletivos nas relações laborais, as alterações relativas ao Plano de Demissão Voluntária - PDV (art. 477-B da CLT)[170] e ao termo de quitação anual (art. 507-B, da CLT).[171]

Ressalta-se que na 107ª Conferência da OIT, que acontece em Genebra em maio de 2018, o Comitê de Peritos decidiu incluir o Brasil na lista dos 24 piores casos selecionados para a discussão individual, por considerar que a Lei n. 13.467/17 apresenta pontos que afrontam normas de proteção internacional que o País se comprometeu a cumprir.

> O Comitê de Peritos da OIT analisou a atual condição legislativa brasileira e concluiu que dispositivos da Lei nº 13.467/2017 (reforma trabalhista) representam graves violações a normas de proteção internacional com as quais o país se comprometeu. O Brasil é país integrante da OIT desde a sua criação, em 1919, sendo compromissário das regras que são construídas a partir do diálogo internacional tripartite, entre representações de trabalhadores, empregadores e governos. Todavia, não as observou, conforme conclusão dos peritos, denunciou a Anamatra. (BATISTA, 2018, p.).

Como explica Batista:

> Ano a ano é divulgada uma lista, conhecida como "long list", de casos que o Comitê de Peritos considera graves e pertinentes para solicitar, dos Estados-membros envolvidos, uma resposta oficial completa, antes de lançar seus relatórios acerca do cumprimento de determinadas normas internacionais. (BATISTA, 2018, p.).

Ainda, Batista lembra que o Brasil:

[...] figurou na "long list" em 2017, em razão da tramitação do então PL 6.787/2016 (reforma trabalhista). Ao final, porém, o caso não foi incluído na "short list" – ou seja, dentre os 24 casos considerados mais graves para apreciação no decorrer da Conferência Internacional –, basicamente porque o projeto de lei ainda não era definitivo e seguia tramitando no Congresso Nacional. (BATISTA, 2018, p.).

---

[170]"Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.[...]." Assim, conforme disposto no referido artigo, passou a ser prevista como válida a plena, irrevogável quitação dos direitos decorrentes do contrato de trabalho em caso de adesão a Plano de Demissão Voluntária - PDV que seja previsto em convenção ou acordo coletivo de trabalho. Em caso de disposição em contrário estipulada entre as partes poderá ser mitigada a extensão da quitação expressa na Lei.

[171]"Art. 507-B. É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria.
Parágrafo único. O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas. [...]." Portanto, também foi atribuído poder ao sindicato da categoria profissional poder para conferir validade ao termo de quitação de obrigações firmado entre empregado e empregador.

Neste contexto que se verificou a reforma trabalhista no Brasil, instrumentalizada pela Lei n. 13.467/17 que, dentre outros aspectos que serão objeto do capítulo 6, regulamentou institutos que potencializam as formas de dominação.

Em meio a essa nova morfologia das relações laborais, essa mesma reforma clama pela ampliação da liberdade na fixação do conteúdo dessas relações. Pretende que se admita a prevalência da vontade sobre a regulação imposta pelo Estado; do contrato (individual ou coletivo - acordo ou convenção coletiva) sobre a lei.

A questão a ser respondida é se conferir "liberdade" enquanto poder de decisão e como fonte de obrigação contratual (no âmbito individual) e como fonte de norma jurídica (no âmbito coletivo, mediante negociação coletiva) coincide com fazer valer a vontade pura, a vontade plena e sem vícios.

4 FONTES DO DIREITO DO TRABALHO, CRITÉRIOS E CONTROLES DEFINIDORES DA EFICÁCIA DA LEI N. 13.467/17

"Ia conoscenza di un ordinamento giuridico (e anche di un particolare settore di questo ordinamento) comincia sempre dalla enumerazione delle sue fonti"
(BOBBIO, 1960, p. 35).

Contemporaneamente, ante a tentativa de desmanche dos direitos sociais e o ataque aos princípios e instituições do Direito do Trabalho, notadamente, mediante "reformas trabalhistas" pelo mundo, que, no Brasil, teve como ápice a vigência da Lei n. 13.467/17, a partir de novembro de 2017, torna-se necessário compreender o conceito de sistema normativo e de fontes do Direito, bem como analisar estas a partir de aspectos definidores de eficácia dos negócios jurídicos e das normas, para constatar, do ponto de vista da ciência jurídica, qual é a real extensão das alterações promovidas pelo referido diploma legal quanto à prevalência do negociado sobre o legislado.

4.1 Introdução sobre sistema normativo

Há regras de comportamento em diversos setores e esferas da sociedade.

Silva (2015, p. 9) explica que "os comportamentos coletivos, inerentes a um grupo ou comunidade, recebem o nome de costumes", que conferem identidade ao povo em determinada região.

Além disso, há normas jurídicas que denotam comandos de "cumprimento obrigatório, sob pena de sanção ou execução compulsória." (SILVA, 2015, p. 10).

Os meios de revelação dessas normas jurídicas são as fontes normativas que, por sua vez, compõem o que se entende por ordenamento jurídico, ordem jurídica ou Direito.

Na definição de Delgado (2017, p. 159), "ordenamento jurídico é o complexo de princípios, regras e institutos regulatórios da vida social em determinado Estado ou entidade supranacional. É a ordem jurídica imperante em determinado território e vida social."

A partir da consolidação do Estado Moderno, a lei "tornou-se o instrumento principal de manifestação de sua vontade para obter o comportamento coletivo e genérico desejado." (SILVA, 2015, p. 10).

Segundo Silva (2015, p. 10) os exemplos típicos das normas jurídicas são "a lei e as normas criadas pela negociação entre as partes como preceitos de observância obrigatória", que têm a conotação de atos-regra, ou seja, comandos gerais, abstratos e impessoais que vão reger as relações jurídicas em determinado contexto social.

Portanto, “os sistemas jurídicos se formam pela lei e pela vontade dos que a eles estão submetidos, formando dois tipos de normas: negociada e legislada.” (SILVA, 2015, p. 10).

Como explica Gottschalk (1995, prefácio, p. VII), a ordem estatal – o Estado - e a ordem normativa – o Direito, simplesmente se confundem e se identificam.”

A divisão de poderes foi estabelecida com vistas ao “equilíbrio das funções que consistem na sua formulação, execução e solução legítima das controvérsias dela originadas” (SILVA, 2015, p. 10), daí a organização em Poder Executivo, Poder Executivo e Poder Judiciário, que são “variantes” de “um só poder, expresso pelo Estado moderno, que deles necessita para prover a sociedade dos bens e serviços e cumprir seus fins.” (SILVA, 2015, p. 11).

Além da estrutura organizada em Poderes, a sociedade é organizada em sistemas: econômico, político, social; e cultural - interdependentes que formam um todo. (SILVA, 2015, p. 11).

Como explica Silva, “hábitos, costumes, normas, regras e leis constituem um universo profundo de influências e recíproco 'feedback'. O sistema normativo não é excludente nos elementos que o compõem, mas cumulativo.” (SILVA, 2015, p 12).

Acerca da **relevância dos fatos sociais e da relação destes com o conteúdo das leis**, “meio fundamental e básico da comunicação da vontade estatal”, o autor ressalta que o poder de imposição que é peculiar à lei é retirado do próprio sistema social a ele subjacente, “em que os outros subsistemas normativos (hábitos, costumes, regras e normas) atuam formando um universo que serve de matéria prima ao legislador”. (SILVA, 2015, p 12).

No mesmo sentido, Nader (2006, p. 138) explica que **o Direito é criação lastreada no querer social, não sendo pois, “produto arbitrário da vontade do legislador”**, visto que quem fornece ao legislador os elementos para a formação das estruturas jurídicas é a sociedade. Assim, como “causa produtora do Direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais [...] condicionados pelos chamados fatores do Direito, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros.”

NORRIS (2000, p. 37) ressalta que “a fonte substancial do direito consiste na consciência comum do povo, que dá origem e legitimidade às normas lógicas, dela extraída, sempre quando a exige a necessidade.”

O autor explica que como “o povo, em sua forma de vida aperfeiçoada organiza-se em Estado” a ele “incumbe a tarefa de traduzir, em formas lógicas, a intuição popular, levando em consideração, para tal, os princípios da Moral, do Direito Natural e da equidade, dentre outros.” (NORRIS, 2000, p. 38).

Portanto, o Direito, enquanto ordem jurídica, advém dos fatos sociais, em decorrência da necessidade de sistematizar as relações, padronizando condutas e delimitando o agir dos atores sociais para manter a coesão de determinado grupo, como resume Gottschalk:

> Das normas mais gerais que se aplicam a todos os povos do mundo, **degrau por degrau, desce o Direito através de seus sistemas estatais até a própria vontade dos indivíduos**, emprestando à sua palavra mútuamente empenhada a força vinculante que traça à liberdade de cada um os lindes que a tornam compatível com de todos os demais como o pressuposto imutável e a premissa categórica da vida em sociedade. (GOTTSCHALK, 1995, prefácio, p. 7).

Toda lei, portanto, tem como origem primária o fato social, que, como ressalta Silva, (2015, p. 15), "quando elaborada de forma democrática, é um instrumento de equilíbrio da sociedade" entre os interesses dos atores sociais.

Do ponto de vista jurídico, o Direito procura satisfazer as dimensões entre o bem comum e o interesse particular, "através de normas de interesses público e privado, as quais se entrelaçam nos respectivos ramos do Direito." (SILVA, 2015, p. 16).

Malgrado ser a ordem jurídica uma unidade, como pondera Gottschalk, a identificação do caráter juspublicista ou jusprivatista dos institutos do Direito de um determinado povo permite constatar o "status libertatis deste povo." (GOTTSCHALK, 1995, prefácio, p. IX).

Como sintetiza Norris (2000, p. 38), "as fontes do Direito, em sua substância, acham-se na consciência comum do povo, enquanto em seu aspecto formal, encontram-se basicamente no Estado, que delas extrai normas positivas, dotadas de obrigatoriedade".

Além dessa "visão estática do panorama normativo", a partir das instituições que o compõem, para a formação da estrutura normativa é essencial a manifestação da vontade, que, segundo Silva (2015, p. 17), "é hoje a (fonte) mais importante do ordenamento jurídico e a de mais intenso uso."

Portanto, o Estado não é o único centro de positivação, ou seja, a única instituição apta à elaboração das normas coercitivas que compõem o sistema normativo, sendo também relevante a iniciativa privada, que, "como elemento do cidadão e não do Estado, cria força e se propaga." (SILVA, 2015, p. 35).

Como explica Silva:

> Há uma delegação de funções. O Estado não é capaz de editar a todo instante uma lei para permitir ao indivíduo a prática de um ato que tenha interferência no ordenamento jurídico. Por um processo natural de interferência ou dedução, delega aos indivíduos a prática livre de atos jurídicos, dentro de uma moldura genérica que o legislador estabelece, na qual se fixam os fundamentos irrenunciáveis e configuradores do próprio Estado. Dentro dela, torna-se livre a ação do indivíduo. (SILVA, 2015, p. 35).

Assim, “do mesmo modo que a dicção da lei descende do Estado para a sociedade, há também a voz da sociedade que ascende para o Estado, através das declarações de vontade e através dos negócios jurídicos.” (SILVA, 2015, p. 35).

Porém, a manifestação da vontade individual é fonte de obrigações e de direitos subjetivos no âmbito privado, no qual as relações se estabelecem, geralmente, “num plano de coordenação e não de sujeição” (SILVA, 2015, p. 36).

Assim é que no ordenamento jurídico há o direito das obrigações, que tem por objeto o elo entre as pessoas, constitutivo de deveres recíprocos; e os contratos, que permitem aos atores sociais a criação da norma de seu próprio interesse através da emissão de atos jurídicos, praticando aqui não uma ‘ressemantização’ mas dando um passo à frente na produção da própria norma. Porém, como não são legisladores eleitos, a norma restringe-se aos limites que a lei estabelece.” (SILVA, 2015, p. 35).

Desse modo, “o contrato é meio transmissor das ideologias que lhe servem de conteúdo. Não passou nem passará jamais como instituição, porque não tem existência em si mesmo, mas é meio de composição de interesses que flutuam permanentemente na história.” (SOUSA, 1998, p. 5).

Assim, no ordenamento jurídico, “lei e contrato estão sempre numa posição dialética de recíproca complementação e influência.” (SILVA, 2015, p. 50).

Em que pese o contrato, do ponto de vista jurídico, ser a junção de vontades para a criação de obrigações, como ressalta Sousa (1978, p. 3) deve ser considerada a “participação do indivíduo na dinâmica da vida social”, ou seja, a dimensão política e, no caso da relação laboral, a dimensão econômica. Assim, a relação contratual, “por mais individual que se pretenda considerá-la, sempre comporá a trama da vida político-econômica de sentido social global.” (SILVA, 2015, p. 50).

Portanto, os contratos não são apenas uma construção jurídica, pois “neles repercutem as ideologias socialmente adotadas, das quais passam a ser instrumento e meio de constituição.” (SILVA, 2015, p. 37).

No caso do direito do trabalho, a desigualdade é inerente às relações entre empregados e empregadores, de modo geral, e, diante de tal desequilíbrio, não há coordenação entre os atores.

Daí porque, como define Viana[172], **o direito do trabalho é trôpego e precisa mais da lei do que as demais relações de direito privado**.

[172] Em palestra ministrada em 04/05/2017: “As vozes de ontem: sobre a greve e sua crise”, no VII Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho.

Além disso, é um direito diferente porque também precisa de algo fora do Estado para continuar a ser criado, como o sindicato e a greve, que servem para a construção dos direitos humanos. (VIANA[173]).

No âmbito do direito individual do trabalho o espaço deixado para a prevalência da vontade é reduzido, ante à falta de alternativas daquele que precisa trabalhar para prover sua subsistência, daí porque Silva (2015, p. 30) se refere a existência de uma "dose de contratualidade mínima".

Por outro lado, a manifestação da vontade coletiva pode criar normas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro, mediante negociação coletiva, que, por sua vez, é "técnica de criação de condições mais favoráveis ao empregado", para fazer frente à vontade unilateral do empregador que este não pode, isoladamente, afastar. (SILVA, 2015, p. 31.)

Além disso, a negociação coletiva desencadeia a força do direito coletivo do trabalho, para que se obtenham condições novas de trabalho, sendo o sindicato o reforço da vontade do empregado, que vai além das questões meramente laborais, como explica Silva (2015, p. 32):

> A reunião em grupo foi a resposta natural do trabalhador para reforçar sua vontade e enfrentar a situação adversa. A reunião dos trabalhadores em fábricas gerou, pela proximidade do trabalho, a coesão dos ideais. Do agrupamento fortuito para o trabalho, nasceu o agrupamento voluntário para a sindicalização. O trabalhador compreendeu que, reunido em grupo, vale mais do que isolado.
>
> Esta noção de agrupamento para a defesa dos interesses gerais do trabalhador, que começa na profissão, aumenta no trabalho e termina na cidadania, com sua inevitável politização. Os sindicatos são entidades influenciadoras e formadoras de opinião pública. (CORDEIRO apud SILVA, 2015, p. 32)

Assim, o "eixo básico" em que se assenta o Direito do Trabalho na atualidade é composto por: "contrato, sindicato e lei" (SILVA, 2015, p. 30), conforme demonstrado a seguir.

4.2 Definição de fontes normativas. Pluralismo jurídico e Direito do Trabalho. A disrupção do Direito e a vontade na criação das normas jurídicas

O vocábulo "fonte" deriva da expressão latina *fons*, com o significado de nascente, que também pode ser apreendida como origem.

Há várias definições de fontes na acepção jurídica, dentre as quais se destaca a de Hans Kelsen (1996, p. 258) que explica que "Fontes de Direito" é expressão figurativa que se aplica "a todos os métodos de criação jurídica em geral, ou a toda norma superior em relação à norma inferior cuja produção ela regula."

[173] Na mesma palestra mencionada na nota anterior.

Assim, a expressão tanto pode se referir à origem primária do Direito, ou seja, aos fatos que geraram ou condicionaram o surgimento da norma jurídica; quanto aos meios pelos quais as normas se revelam, se expressam.

Nesse sentido, Almeida (2016, p. 110) pontua que "fonte pode denotar tanto os métodos de criação do Direito (direito consuetudinário, legislação, sentença normativa, instrumento coletivo, por exemplo) como também o fundamento do Direito (fenômenos sociais, culturais, econômicos e trabalhistas que atuaram na formação do Direito)."

Portanto, o primeiro aspecto para a compreensão das fontes do Direito do Trabalho diz respeito à distinção entre fontes materiais e formais.

As primeiras seriam as razões, o complexo de fatos que vão fazer com que determinada norma surja. São os seus vários indutores. As fontes formais dizem respeito ao modo como o direito é exteriorizado, como aparece no mundo jurídico. Constituem a forma pela qual se dá a sua inserção visível no universo jurídico.

Na definição de Silva (2001, p. 205), **f*onte material*** designa o "conjunto dos fenômenos sociais que contribuem para a formação da matéria do Direito, ou seja, os fatores ou elementos que determinam a substância das normas jurídicas e o conteúdo de todo um sistema jurídico."

Assim, há diversos fatores substanciais que ensejam a criação de uma norma. O que alimenta o Direito são os fatos sociais, de maneira que são feitas escolhas no sentido de identificar e de reconhecer quais dentre tais fatos será tratado como fato jurídico, com os respectivos desdobramentos daí decorrentes (eficácia jurídica, coercibilidade).

Portanto, a busca nos fatos sociais das bases para a construção de um ordenamento jurídico constitui decisões políticas, que nada mais são do que os frutos da correlação de forças existentes no meio em que se vive. (SILVA, 2001, p. 205).

Como ressaltado nos dois primeiros capítulos desta tese, o modo como se deu a formação do Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico é peculiar em relação aos demais. Nasceu diretamente do conflito social decorrente da relação antagônica entre capital e trabalho; da luta de classes; da "pressão exercida sobre o Estado capitalista pela ação reivindicadora dos trabalhadores" (LYON-CAEN apud SÜSSEKIND, p. 152); da autorregulação das condições de trabalho, que inclusive antecedeu a formação desse ramo jurídico; e de outros fatores combinados relativos às distorções decorrentes do liberalismo, agravados pelos efeitos da revolução industrial e das revoluções burguesas.

Pode-se dizer que o ponto comum, o extrato, o núcleo das fontes materiais do Direito do Trabalho é a desigualdade, o desequilíbrio econômico entre o empregado e o empregador,

aspecto diretamente relacionado às principais características do sistema capitalista: a propriedade privada dos meios de produção e a divisão da sociedade em classes, composta na sua (enorme) maioria por indivíduos que necessitam vender sua força de trabalho para a satisfação de suas necessidades materiais.

As fontes materiais do Direito do Trabalho o impactam de forma direta, imediata, conferindo particularidades e características intrínsecas a este ramo jurídico e que dele não podem ser extirpadas, tais como o princípio da proteção (que consubstancia o princípio da isonomia no contexto da relação de emprego, especificamente, levando à criação de vantagens jurídicas e de presunções com vistas a atenuar o desequilíbrio inerente a tal relação).

Assim, esse ramo jurídico tem particularidades que o afetam desde a origem, das quais decorrem seus princípios, regras e institutos que lhe conferem a fisionomia tutelar de direito social.

As fontes materiais do Direito do Trabalho conformam a própria estrutura deste e, tal como no corpo humano, se equiparam à constituição genética deste ramo jurídico, que não é visível nem palpável mas que, sabidamente, existe; é única e protegida por uma série de sistemas integrados, formados pelos princípios, regras e institutos que compõem o Direito do Trabalho no âmbito interno, que inclusive têm amparo constitucional e com natureza de cláusula pétrea, e transnacional, como já mencionado no capítulo 2.

Assim, por mais avançados que sejam os estudos e as pesquisas, ainda não se tem notícias de que seja possível alterar o código genético de um indivíduo, colocando outra inscrição diferente na sua cadeia de DNA.[174] A alteração genética pode criar um outro ser, mas será outro, diverso; não será o ser originário.

Do mesmo modo, não se pode alterar a gênese do Direito do Trabalho, que decorre das fontes materiais e que têm como núcleo a desigualdade. Trata-se de um elemento intrínseco do Direito do Trabalho enquanto ciência jurídica.

Assim, não é materialmente possível[175] a alteração das fontes materiais do Direito do Trabalho. A desigualdade está arraigada na sociedade capitalista; o direito é vivo e o Direito do Trabalho a tem como raiz. O capitalismo se alimenta disso e, ao mesmo tempo, produz desigualdade. Logo, persistindo esta lástima na realidade social, não se altera a fonte material do Direito do Trabalho.

Tais aspectos reforçam que o Direito do Trabalho é necessário!

---

[174] Nesse sentido, destaca-se que Cléber Lúcio de Almeida utiliza a expressão mutação genética do Direito do Trabalho. (ALMEIDA, 2018)

[175] Não é passível de ser realizada na prática.

Enquanto houver desigualdade, haverá essa necessidade.

O Direito do Trabalho pode ser atacado e esvaziado como pretende a Lei n. 13.467/17, mas continuará existindo, ainda que de forma não institucionalizada (na hipótese de deixar de ser reconhecido como ramo jurídico), com outra nomenclatura, com outras instituições, mas com a mesma gênese. Corrobora com esse entendimento o fato de o surgimento do Direito do Trabalho – principalmente pela autorregulação e pela greve – preceder a fase de seu reconhecimento expresso como ramo jurídico nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Atendendo aos interesses do capital e, principalmente, dos grandes conglomerados mundiais que conduzem as decisões no plano econômico no globo terrestre e que utilizam a população em geral para a concretização de seus objetivos imperialistas, podem até ser praticados atos políticos – como foi o caso da Lei n. 13.467/17 – para alterar regras jurídicas.

No entanto, eventuais tentativas externas e artificiais de alteração dos elementos da ciência jurídica, como é o caso da Lei n. 13.467/17, não têm o efeito de alterar o Direito do Trabalho na sua gênese, conforme já exposto.

Então, o que a referida Lei cria, se admitida a produção de efeitos de tal diploma normativo, em detrimento dos fundamentos que evidenciam sua inconstitucionalidade e a inconvencionalidade e que serão analisados adiante, é outra coisa diferente do Direito do Trabalho; é um subdireito do trabalho ou um direito empresarial setorialmente adequado. Quiçá um direito do trabalho simbólico: finge-se que não há desigualdade e que há paridade de condições de manifestação da vontade hígida, consciente e livre.

A **fonte formal** diz respeito aos "processos de manifestação do Direito, através dos quais um ordenamento jurídico adquire existência, atuando de maneira válida e eficaz dentro de um determinado contexto social." (SILVA, 2001, p. 205).

A partir da organização das sociedades em Estados com suas respectivas estruturas, o que inclui o sistema normativo, também precisam ser definidos critérios para a criação das normas que irão regular as relações no âmbito interno e transnacional.

Como pontua Silva (2001, p. 204), há "a necessidade de uma opção política que envolve a decisão sobre os mecanismos admitidos como válidos para 'criar' o Direito".

Assim, é preciso estabelecer de onde emanarão as regras de conduta que deverão ser observadas pelos indivíduos em determinada sociedade, criando obrigações e direitos subjetivos. É preciso, assim, estabelecer a origem, as fontes do sistema normativo, ou seja, os centros de positivação dessas normas.

As fontes do Direito são estruturas normativas reconhecidas como aptas para instaurar vínculos de caráter coercitivo; para criar normas voltadas a reger as relações na

sociedade no contexto de determinado Estado e que implicam na existência de poder de decisão sobre o conteúdo de tais normas. (REALE, 1994, p. 11)

Quando é admitida a diversificação dos processos de manifestação do Direito em determinado sistema normativo, tem-se um ordenamento jurídico complexo (Bobbio, 2006, p. 37), com pluralismo de fontes, por admitir além das normas de origem estatal, as criadas por grupos sociais, total ou parcialmente desvinculadas do Estado, como se verifica quanto ao Direito do Trabalho brasileiro. (SILVA, 2001, p. 204)

Como explica Delgado (2017, p. 162), o pluralismo jurídico se refere ao reconhecimento de múltiplos "centros de positivação jurídica", ou seja, de que o Direito se constituiu não apenas pelo que está positivado pelo Estado.

A vertente pluralista rechaça a tese monista que admite a existência de um único centro de positivação e identifica o Estado como o único dotado de coerção. Assim, a partir da teoria pluralista é admitida a convivência de outros núcleos de produção de fontes formais do Direito com o Estado. (DELGADO, 2017, p. 163)

Na transição do Estado absolutista para o Estado Liberal, a lei - em sentido estrito e no contexto do positivismo jurídico - era o meio pelo qual se assegurava segurança aos indivíduos nas relações privadas e com o Estado.

O monismo jurídico tem estreita relação com o positivismo jurídico e ambos atendiam aos objetivos do Estado Liberal. Segundo Mannrich (2002, p. 9), o monopólio da produção das normas jurídicas pelo Estado confere a tais normas hierarquia, segurança jurídica e certeza.

Como ressalta Bulgueroni (2015, p. 21), no Estado Social, a figura estatal continuou sendo o centro de positivação da norma jurídica, malgrado haver maior limitação da autonomia dos indivíduos. No entanto, "a partir das décadas de 60 e 70 do século XX, , dissemina-se a ideia de que as regras estatais tendem a ser muito rígidas, com pouco grau de adaptabilidade social - iniciando o período marcado pelo declínio do monismo jurídico." (MANNRICH apud BULGUERONI, 2015, p. 21)

Com as transformações vividas no contexto da sociedade capitalista, diretamente relacionadas com alguns fenômenos com repercussão bastante significativa nas relações sociais, entre os quais se destacam de forma não exaustiva: modernização dos modos de produção, globalização, consumo em massa e sem fronteiras; concorrência empresarial em

âmbito transnacional; desenvolvimento tecnológico e da robótica, revolução informacional, indústria 4.0 e economia disruptiva[176], o Direito também se transformou.

No contexto em que se tem um mundo globalizado, inundado por tecnologias que aproximam os povos e viabilizam tanto o comércio quanto o intercâmbio cultural, verifica-se "movimento internacional de integração das nações",[177] que promove a "mundialização da economia" e também tem como efeito a "mundialização do Direito" e a "mundialização do homem". (SILVA, 2015, p. 17-18).

No mesmo contexto em que ganha espaço a doutrina neoliberal, é reavivada a vertente do pluralismo jurídico, como explica Bulgueroni a partir de Wolkmer:

> [...] frente aos inusitados processos de dominação e exclusão produzidos pela globalização, pelo capital financeiro e pelo neoliberalismo, ganha relevância reintroduzir politicamente "o poder de ação da comunidade, o retorno dos agentes históricos, o aparecimento inédito de direitos humanos relacionados às minorias e à produção alternativa de acesso à Justiça". (WOLKMER, 2013, p. 258 apud BULGUERONI, 2015, p. 23).

O modelo pluralista tem maior aptidão para atribuir poder à comunidade[178], de forma mais democrática e de reconhecer o "Direito à diferença, ou seja, o direito de o indivíduo ser vislumbrado como integrante de certa comunidade cultural, com condições de tomar decisões autônomas". (WOLKMER, 2013, p. 258 apud BULGUERONI, 2015, p. 23).

Acerca da correlação entre descentralização de núcleos de positivação justrabalhista e ordem democrática, Delgado explica:

> [...] a percepção da diversidade de centros de positivação de normas jurídicas em certo ordenamento sistematizado do Direito é crucial à correta percepção do caráter desse ordenamento jurídico. É crucial até mesmo à própria compreensão do universo político correspondente à respectiva sociedade e Estado envolvidos. É que há [...] estreita correlação entre descentralização de núcleos de positivação justrabalhista e ordem democrática. (DELGADO, 2017, p. 163).

---

[176] Fenômenos já abordados no capítulo 3.

[177] Rememorando a "democracia planetária" defendida por Habermas, Silva (2015, p. 18) considera que está formado o caminho para um direito cosmopolita, somente possível se as pessoas atuarem "dentro de suas próprias organizações através de processos democráticos."
Na medida em que "se compõem valores humanos concretos, conjugados com as forças do mercado livre, compatibilizando ambas numa unidade maior, sujeita inclusive a controle jurídico, como é o caso da União Europeia, através das Cortes de Luxemburgo e Strasbourg" (SILVA, 2015, p. 18), como ressalta Antônio Álvares da Silva, "constrói-se uma universalização que considera as unidades particulares e, ao mesmo tempo, seus condicionantes globais. Enfim, uma democracia para todos, levando-se em conta as peculiaridades de cada espaço." (SILVA, 2015, p. 18-19).

[178] No entanto, como alerta Wolkmer, é possível que o reconhecimento de centros de positivação das normas jurídicas levem ao encobrimento das "origens sociais e econômicas da estrutura do poder, eternizando a cultura libera-individualista dominante", acarretando o distanciamento entre a regulamentação pelo Estado e as necessidades e anseios da sociedade; levando a processo legislativo menos democrático e, consequentemente, ao desequilíbrio e insatisfação entre os atores sociais. (WOLKMER apud BULGUERONI, 2001, p. 21).

Contudo, o viés mais democrático da vertente pluralista e a maior aptidão à autonomia não enseja necessária e automaticamente, que esta seja efetiva e real.

Como explica Viana (2000, p. 573), "nem sempre - ou quase nunca - o convênio expressa, pura e simplesmente, o ponto *ótimo* de equilíbrio entre o que os empregados querem ganhar e o que os patrões podem pagar", pois há muitas variáveis que podem interagir, tais como "o grau de politização da categoria, o índice de empregados qualificados (e, portanto, menos instáveis), as repercussões da luta coletiva na comunidade, o apoio (ou a oposição) da mídia [...]"

Assim, do mesmo modo que se constata, no contexto da relação de emprego, a existência de igualdade formal, em contraposição à real; a atuação executiva, legislativa e jurisdicional de forma a caracterizar o constitucionalismo simbólico e não substancial; é necessário avaliar se a autonomia em questão, no que tange às fontes normativas trabalhistas, é efetiva ou meramente teórica e se decorre da hígida manifestação de vontade.

A intensidade da margem deixada a cargo da autonomia da vontade varia na sociedade conforme o momento histórico, sendo certo que contemporaneamente, tem sido resgatado e valorizado tal elemento no contexto dos núcleos de positivação das normas trabalhistas.

Em tempos de modernidade líquida (BAUMAN, 1999), em que – mais ainda do que antes – tudo que é sólido se desmancha pelo ar[179], se verifica a **disrupção do próprio Direito**, que sofre os efeitos de um processo de mudanças contínuas das relações de produção que impactam as relações entre os indivíduos em todas as esferas da sociedade e demandam um sistema normativo que seja apto a acompanhar e a regular as múltiplas e complexas interações sociais.

Além disso, tem se verificado a intensificação da interação entre os ramos jurídicos; a relativa superação da dicotomia entre direito público e direito privado; a crise das codificações e o reconhecimento do papel das Constituições como conformadoras de um eixo axiológico a estabelecer as diretrizes gerais para a formação, interpretação e aplicação de toda a ordem jurídica, reconhecida esta como um todo unitário e no qual tem especial assento o princípio da dignidade humana.

Sob essa perspectiva, o "indivíduo e as classes sociais assumem a regência da vida social com sua atividade e o Estado se reduz apenas a um papel de conduzir, delegando aos agentes atuantes na sociedade [...], muitas de suas atividades." (SILVA, 2015, p. 19).

[179] Em alusão à frase do Manifesto Comunista de Karl Marx e Friedrich Engels, de 1948.

Trata-se da chamada autonomia privada que, na expressão habermasiana, se refere à área que "é composta e estruturada pelos que dela participam" e "sempre existiu em todas as épocas, porque a lei, na sua generalidade, nunca pôde prever e disciplinar tudo nem disciplinar a vida em sociedade de modo absoluto, sem lacunas." (SILVA, 2015, p. 19).

Assim, a partir da constatação da impossibilidade de o Estado esgotar a regulamentação por meio de lei de todas as situações que possam ocorrer nas relações na sociedade:

i) dá-se prevalência à adoção de cláusulas gerais nos diplomas normativos, em consonância com o princípio da operabilidade;

ii) são incentivados meios de solução dos conflitos que não perpassem pela atuação estatal (como é o caso da arbitragem, que, de forma questionável, passou a ser prevista no âmbito do direito individual do trabalho, a partir da Lei 13.467/2017);

iii) é reconhecida a existência de outros centros de positivação, como é o caso, por exemplo, da negociação coletiva;

iv) é ampliada a margem para a prevalência da autonomia privada (tanto no âmbito individual como no coletivo). Assim, não é por acaso que a Lei n. 13.467/17 alterou diversos dispositivos da CLT, com vistas a fazer prevalecer o negociado sobre o legislado.

Assim, para suprir os muitos "pontos-cegos" deixados pela lei em sentido estrito, a autorregulação e autocomposição têm lugar, podendo promover, inclusive a melhor adequação da norma ao caso concreto.

Por outro lado, isso não significa que a norma decorrente de negociação coletiva se aproxime mais do ideal de justiça, como altera Viana:

> [...] a ideia de que a negociação coletiva é *sempre* mais justa ou adequada do que a lei tem algo de mito - e de ideologia. Não é por outra razão que mesmo nos países de sindicato forte, como a Itália, ela convive com uma legislação abundante, o que desmistifica a afirmação de que uma inibe *necessariamente* a outra. Aliás, em países como os Estados Unidos, há *muito pouco* de uma e de outra. (VIANA, 2000, p. 573).

Não há dúvidas de que um dos pontos positivos da fonte normativa autônoma é a possibilidade de melhor se amoldar às circunstâncias que permeiam as relações entre os sujeitos que a elaboram, sendo uma "roupa sob medida" e não uma "roupa" que "veste a todos sem vestir bem ninguém", como é o caso da lei.[180]

[180] A metáfora é de Carnelutti (apud VIANA, 2000, p. 573).

No entanto, como visto nos capítulos 2 e 3, a reforma trabalhista enfatiza o grave ataque às fontes do Direito do Trabalho, usando, entre outros aspectos, a negociação coletiva e os instrumentos normativos que dela podem decorrer.

4.3 Fontes normativas do Direito do Trabalho: natureza e classificação das fontes formais em heterônomas e autônomas

As fontes formais dizem respeito ao modo como o direito é exteriorizado, como aparece no mundo jurídico. Constituem a forma pela qual se dá a sua inserção visível no universo jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro são reconhecidos os acordos e as convenções coletivas de trabalho como fontes normativas, como decorre do art. 7º, XXVI, da Constituição.[181]

Em virtude do pluralismo das fontes normativas, distinção relevante e que tem especial importância no âmbito do Direito do Trabalho é a que classifica as fontes formais em heterônomas e autônomas, que se constrói "a partir de uma dualidade de critérios, a *origem da norma* (centro de positivação) e o *método de sua produção* (com ou sem participação de seus destinatários principais)*"***.** (DELGADO, 2017, p. 163).

As fontes formais são classificadas em heterônomas quando provenientes do Estado, ou seja, quem faz a norma não pertence à relação jurídica; e autônomas, quando os próprios sujeitos criam a norma para autoregular a relação que os vincula.

Assim, as fontes a*utônomas "*produzem normas com a participação dos sujeitos interessados que, portanto, autodisciplinam as suas relações jurídicas" (SILVA, 2001, p. 205), como se dá com os usos e costumes e mediante negociação coletiva quando leva à elaboração de convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho.

As fontes heterônomas, por sua vez, ensejam normas produzidas "sem a participação direta dos sujeitos que a elas deverão se submeter" (SILVA, 2001, p. 205), tais como a Constituição da República, as leis complementares, as leis delegadas, as leis ordinárias, as medidas provisórias e as sentenças normativas. Os tratados e as convenções das quais o Brasil seja signatário também são fontes normativas heterônomas.[182]

---

[181] A matéria referente às fontes, no âmbito do direito do trabalho, é tratada no art. 8º da CLT, com observância do disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que serão analisados de forma mais específica adiante.

[182]Neste contexto, como já exposto no capítulo 2, os tratados de Direitos Humanos que versam sobre direitos laborais, inclusive os decorrentes da OIT, são normas supralegais, sendo que se forem ratificados com o procedimento previsto no art. 5º, §3º da CR/88, terão natureza de normas constitucionais, como as do art. 7º da Carta Magna.

Não se pode deixar de lembrar, como já visto nos capítulos anteriores, que há autonomia na heteronomia e vice-versa.

Reale ressalta que as normas decorrem do processo legislativo - oriundas do Poder Legislativo; da jurisdição - por manifestação do Poder Judiciário; dos usos e costumes - criados pelo poder social; e da fonte negocial - decorrente da autonomia privada coletiva. (REALE, 1994, p. 141.)

Assim, conforme o poder de criação do Direito seja exercido, o autor classifica as fontes normativas em:

> a. Legal: resultante do poder estatal de legislar, editando leis e seus corolários normativos;
>
> b. Consuetudinária: expressão do poder social inerente à vida coletiva e revelada através de sucessivas e constantes formas de comportamento (poder decisório anônimo do povo);
>
> c. Jurisdicional: que se vincula ao Poder Judiciário, expressando-se através de sentenças de vários graus e extensões;
>
> d. Negocial: ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem (REALE, 1994, p. 11).

Como explica Almeida, os costumes "são normas de conduta oriundas da prática social observadas como obrigatórias. Têm como núcleo originário o uso ou a prática social, mas distinguem-se dos usos, na medida em que estes não são de observância obrigatória, enquanto aqueles, sim." (ALMEIDA, 2016, p. 124).

No entanto, o costume ocupa "lugar secundário entre as fontes do direito", por estar submetido aos limites fixados pela lei, sendo reconhecido como fonte apenas quando esta assim prevê, podendo, ainda, se constituir em "fonte do direito para o caso concreto", pois também atua como "meio de integração de lacunas do direito do trabalho."[183] (ALMEIDA, 2016, p. 124-125).

Necessário ainda ressaltar, como será mais detalhado nos itens adiante, que além de atuarem para orientar a compreensão do ordenamento jurídico, para sua aplicação, interação e elaboração de novas normas (REALE, 2002, p. 304), os princípios são fontes normativas. A força normativa dos princípios é reconhecida na própria Constituição, ao dispor, no art. 5º, §2º

Ressalta-se, ainda, a existência do *jus cogens*, que constitui Direito imperativo para os Estados e figura no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma "supralegalidade internacional", composto por todas as normas peremptórias (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal de Direitos do Homem, Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas), inclusive princípios e costumes. (PEREIRA e QUADROS, 2013. p. 129)

[183]Como previsto no art. 8º da CLT e no art. 4º da LINDB, tanto o costume quanto os princípios são meios de solução de lacunas da lei.

que “os direitos e as garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados [...].”

Além disso, há, também, no âmbito da ciência jurídica, “campo aberto para ser preenchido pelas partes em suas relações jurídicas formadas pela manifestação de vontade.” (SILVA, 2015, p. 23).

Como já rememorado supra, o Direito do Trabalho sofre críticas, ataques e “abalos em razão da instabilidade das relações de trabalho no mundo atual, como resultado dos percalços da situação econômica e social do capitalismo moderno”, tais como as medidas flexibilizatórias e de desregulamentação, que fazem com que este ramo jurídico perca, “paulatinamente, sua expressão através da lei.” (SILVA, 2015, p. 23).

Acerca do importante papel do pluralismo jurídico para o Direito do Trabalho, Pinto e Silva (2001, p. 206) identifica “o de abrir o campo de produção das normas trabalhistas para os próprios entes sociais interessados, reconhecendo que a figura do ‘legislador’ não é suficiente para regular as relações entre eles.”

Com isso, promove-se a valorização da organização dos indivíduos em grupos, onde possam tratar da defesa de seus interesses comuns, sendo que a maior participação pode se traduzir em um processo mais democrático de elaboração das normas jurídicas.

No entanto, a transferência da criação das normas do Direito do Trabalho para a negociação coletiva exige a “existência de sindicatos dinâmicos, capazes e atuantes”, o que para Silva, “não existe no Brasil.” (SILVA, 2015, p. 23).

A ambiguidade se faz presente na situação e evidencia a importância de se entender, sobretudo no contexto de valorização da prevalência do negociado sobre o legislado, quais são os critérios que devem ser utilizados para estabelecer a hierarquia entre as normas e sua interpretação.

O reconhecimento pela Ciência do Direito da existência de ordens jurídicas diversas dentro da sociedade não implica negar a unidade do ordenamento jurídico como um todo, na medida em que este se compõe de normas superiores e inferiores, que se articulam dentro de uma estrutura hierárquica necessária, pois em qualquer sistema normativo podem surgir conflitos entre as normas.

Assim, independentemente de se classificar determinada norma como autônoma ou heterônoma, esta integra um ordenamento jurídico, assumindo uma posição na hierarquia que este estabelece e sujeitando-se à verificação de compatibilidade com a Constituição, com o sistema internacional dos direitos humanos e com o *jus cogens*, ou seja, à análise de constitucionalidade e de convencionalidade, como será analisado adiante.

4.3.1 Legislado e negociado no Direito do Trabalho

Segundo Silva, “o ordenamento jurídico se compõe, necessariamente, de normas de diferente natureza: a) a norma legislada, que corresponde à lei; b) a norma negociada, feita por acordo entre as partes.” (SILVA, 2015, p. 24).

O autor explica que essa “negociação” se manifesta com mais frequência no campo do direito privado, sendo o uso dos contratos a técnica de criação de normas pela vontade dos sujeitos. (SILVIA, 2015, p. 24).

No âmbito do Direito do Trabalho, a norma negociada decorre da autonomia privada individual e coletiva.

O Estado “fornece a moldura, a regra do jogo, deixando para as partes o desenvolvimento da partida em si mesma, ou seja, do contrato e da negociação coletiva.” (SILVA, 2015, p. 25)

Em tal contexto é que devem ser compreendidas as fontes formais autônomas do Direito do Trabalho, conforme a seguir.

4.3.2 Fontes autônomas do Direito do Trabalho

Como relembra Silva, o “Direito não é o monopólio estatal, mas também resulta da atividade criadora das forças sociais organizadas” (SILVA, 2000, p. 28), sendo reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro as fontes normativas autônomas, decorrentes da autonomia da vontade coletiva.

Silva enumera como fontes autônomas do contrato de trabalho “convenção coletiva, acordo coletivo, acordo de empresa e contrato individual.” (SILVA, 2015, p. 39).

No entanto, o contrato de trabalho, o regulamento de empresa e qualquer outro tipo de declaração unilateral ou bilateral de vontade são fonte de direitos e de obrigações para as partes, mas não fonte normativa do direito do trabalho.

O instrumento pelo qual é exteriorizada a vontade é o contrato, no caso da vontade individual e, no caso da coletiva, os instrumentos normativos (acordo e convenção coletiva de trabalho) que decorrem da negociação coletiva.

O acordo e a convenção coletiva decorrem da negociação coletiva, envolvendo, portanto, a atuação de sujeitos coletivos e a autonomia da vontade coletiva, como abordado adiante, constituindo fontes formais autônomas no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3.2.1 Autonomia da vontade coletiva

Silva explica que no direito coletivo do trabalho “há uma mistura de legislado x negociado, sem a qual não seria possível sua dinâmica. A lei dá a moldura da organização

sindical, da convenção coletiva e da greve. Já a dinâmica da negociação coletiva é um dado social." (SILVA, 2015, p. 33).

Em sentido amplo, a expressão autonomia privada coletiva designa o princípio que fundamenta a negociação coletiva, a liberdade sindical e a autotutela dos trabalhadores. (NASCIMENTO, 1998, p. 125).

Na acepção mais restrita, a expressão "autonomia privada coletiva" designa "o poder conferido aos representantes institucionais dos grupos sociais de trabalhadores e de empregadores de criar vínculos jurídicos regulamentadores das relações de trabalho. A negociação coletiva é o seu procedimento de concretização." (NASCIMENTO, 1998, p. 125).

No contexto de um ordenamento que se constitui como sistema de normas provenientes de uma pluralidade de fontes estatais e não estatais, é essencial examinar a atuação normativa dos particulares, por suas organizações representativas. (SILVA, 2000, p. 28).

A Constituição de 1988, no artigo 7º, inciso XXVI, e no art. 8º, incisos III e VI, reconhece o poder normativo dos sindicatos:

> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> [...]
> XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
> [...]
> Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
> [...]
> III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
> [...]
> VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho; [...].

Da negociação coletiva podem decorrer contratos coletivos, sendo que, mais especificamente, o art. 611, *caput* e §1º, da CLT[184], prevêem que os sindicatos poderão estabelecer acordos (convenção coletiva de trabalho), sendo também admitido que o acordo seja feito entre o sindicato da categoria profissional e empresa ou empresas (acordo coletivo de trabalho).

---

[184] Art. 611: Convenção Coletiva de Trabalho é o acôrdo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.
§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais emprêsas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da emprêsa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.
§ 2º As Federações e, na falta desta, as Confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais poderão celebrar convenções coletivas de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em Sindicatos, no âmbito de suas representações.

Portanto, é reconhecida a autonomia privada coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, eis que os sujeitos coletivos mencionados, mediante negociação coletiva, podem exercer poder normativo.

No ordenamento jurídico, tanto podem ser dispostas em forma hierárquica as normas quanto podem ser estabelecidas relações de coordenação ou subordinação entre ordenamentos que se relacionam entre si, como se verifica entre o Estatal e o social, entre os quais se destaca o sindical.

Há teorias que se ocupam em analisar a natureza desse poder normativo decorrente da autonomia privada, classificando-o como originário ou derivado do Estado.

Sob essa perspectiva, Bobbio considera que a autonomia privada coletiva e individual é fonte delegada, ou seja, configuram poder derivado do estatal. (BOBBIO apud SILVA, 2000, p. 28).

Sendo decorrente do poder derivado, a atividade de criação de normas mediante negociação coletiva está sujeita aos limites definidos pelo próprio ordenamento jurídico, ou seja, "encontra sua fonte de validade nas normas estatais: **o Estado determina negativamente o conteúdo das normas extra-estatais subtraindo à autonomia dos particulares certas matérias que reserva para a sua própria atividade normativa**." (FERRI apud SILVA, 2000, p. 29, grifo nosso).

Em que pese tal entendimento, há doutrinadores como Romano que classificam a autonomia privada como poder originário, na medida em que preexiste ao próprio ordenamento público e que as criações daquela são "independentes e, às vezes, em nítido contraste com este". (ROMANO *apud* SILVA, 2000, p. 29).

De fato, a autorregulamentação foi um dos fatos sociais de suma importância para o surgimento do direito do trabalho, de maneira que o conteúdo dessa negociação não depende, pois, de outorga de poderes do Estado para as entidades coletivas.

A questão é meramente relativa à eficácia, ou seja, à produção dos efeitos desses ajustes coletivos na sociedade. Assim, a questão se restringe ao plano dos requisitos que o Estado – enquanto ordenamento – exige que o conteúdo dos ajustes coletivos seja aplicado aos contratos individuais de trabalho, como leis.

Esse aspecto não é suficiente para que a autonomia privada seja considerada como poder derivado.

Aliás, essa linha de interpretação que trata a autonomia privada coletiva como poder derivado retira a importância da negociação coletiva enquanto fonte material do Direito, com

potencial para, combinado com a greve, pressionar, provocar e concretizar a mudança da própria lei em sentido estrito, se opondo, pois, ao Estado.

De la Cueva é um dos autores na América Latina que caminhou na linha de considerar a autonomia privada coletiva como poder originário, ao ressaltar que:

> [...] ao adotar posição intervencionista, o Estado foi pressionado a reconhecer a atividade negocial dos particulares, até então "contra legem", de modo que trabalhadores e empregadores ou suas organizações representativas produzem normas "sem intervenção e mesmo contra a vontade do Estado." (DE LA CUEVA, 1877, p. 29).

Se o poder normativo negocial fosse derivado do Estado não poderia haver esse tipo de oposição.

Mais do que isso. Se a negociação coletiva fosse decorrente de mera outorga estaria inviabilizada a possibilidade de sua ocorrência em caso de revogação dessa autorização estatal, o que não ocorre na prática. **Se, eventualmente, for proibida a negociação coletiva pelo Estado, isso não inviabilizará materialmente a ocorrência. Apenas prejudicará a produção de efeitos como norma, porque em tal hipótese deixaria de ser reconhecida pelo Estado enquanto fonte normativa direta e equiparada à lei em sentido estrito. Assim, não seria fonte normativa autônoma, mas nada impediria que fosse reconhecida como fonte normativa (supletiva) na categoria de usos e costumes.**

Na Itália, é majoritário o entendimento doutrinário acerca da natureza de poder originário da autonomia privada coletiva, pois considera-se que "a originalidade dos ordenamentos sindicais com respeito àquele estatal manifesta-se claramente em todos aqueles casos de luta ou, de qualquer modo, de força sindical particularmente intensa, nos quais se costuma observar que existe um Estado dentro do Estado". (PROSPERETTI apud SILVA, 2000, p. 30)

Como ressalta Silva, no Brasil tem sido valorizada a autonomia privada coletiva, o que leva à mudança na percepção da relação entre as fontes do Direito do Trabalho:

> [...] dado o papel da lei na regulamentação do trabalho, em virtude tanto de sua inserção no sistema romano-germânico como da experiência corporativista, durante longo tempo, a doutrina considerou a autonomia privada coletiva como poder derivado.
>
> Porém os anseios de modernização da legislação trabalhista têm conduzido uma crescente valorização da autonomia privada coletiva, preconizando-se a mudança da relação entre as fontes do direito do trabalho. (SILVA, 2000, p. 31).

No Brasil, a autonomia privada coletiva se concretiza, basicamente, mediante negociação coletiva, o que não se verifica em outros ramos do direito e microssistemas normativos.

4.3.2.2 Negociação coletiva trabalhista

4.3.2.2.1 Importância da negociação coletiva

Como relembra Silva (2015, p. 40), na evolução do Direito do Trabalho, a conquista do diálogo entre empregado e empregador foi um passo muito importante, tendo sido a negociação coletiva meio de instrumentalizar tal diálogo através dos sindicatos.

A negociação coletiva brotou de forma espontânea, no vazio normativo, em época que havia (pouca ou) nenhuma atuação do Estado para regular a relação entre proletários e patrões.

A expressão negociação coletiva é mecanismo "complexo, tenso e delicado", que se refere ao processo informal, às vezes longo, pelo qual os entes coletivos tentam fazer prevalecer seu ponto de vista em convênios coletivos. (VIANA, 2000, p. 561).

Magano define convênio coletivo como "o negócio jurídico através do qual sindicatos ou outros sujeitos devidamente legitimados estipulam condições de trabalho." (MAGANO apud VIANA, 2000, p. 562).

Portanto, tal como nas relações privadas, nas quais a declaração de vontade é reconhecida como instrumento formador de obrigações, a "ideia foi projetada para o plano coletivo e a declaração de vontade dos sindicatos passou a construir também uma obrigação não entre pessoas, mas abrangente de uma categoria". (SILVA, 2015, p. 40).

Portanto, como ensina Viana, "o convênio coletivo expressa um ajuste entre capital e trabalho. É o fiel da balança, o ponto de equilíbrio entre o interesse do empresário em manter ou aumentar a *mais-valia* e a luta dos trabalhadores para conservar ou resgatar porções de dignidade." (VIANA, 2000, p. 563).

O "convênio coletivo substitui a fragilidade do *indivíduo* pela força sempre maior do grupo." (G. LYON-CAEN et al. apud VIANA, 2000, p. 562).

Os conflitos nas relações laborais são aspectos do próprio sistema: o "empregador se apropria da força, do saber e do tempo de vida do empregado, o que já é o bastante para gerar movimentos (ou, quando nada, *sentimentos*) de resistência", ainda mais "se somarmos a este fato a ação do tempo, a constrição do ambiente e as desigualdades culturais, sociais e econômicas". Assim, a constante tensão e possibilidade de explosão de tais conflitos, mesmo

que a lei esteja sendo cumprida, faz com que haja a busca constante de novas regras; de novo equilíbrio no plano individual e no plano coletivo (VIANA, 2000, p. 561-562).

Tal forma de ação pode ser e frequentemente é acompanhada de “fortes instrumentos de pressão, dos quais o mais importante do ponto de vista dos trabalhadores, é a greve; e, do outro lado, dos empresários, a ameaça do desemprego.” (VIANA, 2000, p. 561).

Acerca da importância da negociação coletiva trabalhista, Delgado explica que transcende o próprio Direito do Trabalho e ressalta que:

> A experiência histórica dos principais países ocidentais demonstrou, desde o século XIX, que uma diversificada e atuante dinâmica de negociação coletiva no cenário das relações laborativas sempre influenciou, positivamente, a estruturação mais democrática do conjunto social. Ao revés, as experiências autoritárias mais proeminentes detectadas caracterizavam-s por um Direito do Trabalho pouco permeável à atuação dos sindicatos obreiros e à negociação coletiva trabalhista, fixando-se na matriz exclusiva ou essencialmente heterônoma de regulação das relações de trabalho. (DELGADO, 2018, p. 1630).

Na mesma linha de reconhecer a contribuição da negociação coletiva para uma estruturação mais democrática e dinâmica do ordenamento jurídico, Silva ressalta que as fontes autônomas visam “atender melhor às necessidades do trabalhador e da atividade econômica que, no mundo atual, é rápida, movediça e precisa de instrumentos jurídicos igualmente rápidos e imediatos, que acompanhem e regulem a dinâmica da vida econômica e social.”(SILVA, 2015, p. 40-41).

Além de permitir a oxigenação do ordenamento jurídico e a mais adequada aproximação conjunto social, a negociação coletiva irradia efeitos, pois “[...] de certo modo extrapola os seus limites formais, seja atuando sobre o legislador, seja inspirando outras categorias, seja pressionando empregadores não afetados diretamente por seu raio de ação. São os efeitos de contágio do convênio.” (RANZ J. ZAPATERO apud VIANA, 2000, 562).

Além disso, a “negociação permanente e leal concilia interesses, supera divergências e remove obstáculos”. (SILVA, 2015, p. 43).

4.3.2.2.2 Evolução e natureza jurídica da negociação coletiva

O convênio coletivo é o resultado de uma negociação coletiva frutífera; é a ““lei do grupo, que vai reger os contratos individuais de trabalho.” (VIANA, 2000, p. 561).

Se referindo aos convênios coletivos (expressão que designa as espécies convenção coletiva acordo coletivo e contrato coletivo de trabalho), Viana explica que do jogo dialético que envolve a antítese entre a exploração dos trabalhadores e o surgimento da solidariedade e

da resistência coletiva, “o direito viu nascer curiosa síntese: um misto de contrato e norma, compondo os interesses em conflito.” (VIANA, 2000, p. 560).

Em que pese ter surgido “fora do Estado”, passou a integrar o ordenamento jurídico tempos depois. (VIANA, 2000, p. 560).

No Brasil, a primeira menção expressa à contratação coletiva, foi para exigir sua ratificação pelo Ministério do Trabalho, mediante Decreto nº 19.779 de 1931.

A partir de 1934, entretanto, passou a ser reconhecida a convenção coletiva nas Constituições brasileiras, sendo que até 1938, “entendia-se que ela se aplicava apenas aos *associados* dos sindicatos”, estendendo-se à categoria a partir do Dec.-Lei nº 1.237, de 1939.

No entanto, a CLT, em 1943 voltou a exigir o “aval do Estado” para que o contrato coletivo - nome atribuído ao resultado da negociação coletiva à época -, valesse para os sócios dos sindicatos, podendo, também mediante tal aval, ser estendido aos não sócios. (VIANA, 2000, p. 560).

Mediante o Dec.-Lei nº 229 de 1967, os contratos coletivos passaram a ser denominados convenções coletivas, tendo também surgido a figura dos acordos coletivos. Foram alteradas as regras, conceitos e terminologia da convenção coletiva, que deixou de estar sujeita à homologação estatal e voltou a ser aplicada a toda a categoria. (VIANA, 2000, p. 560-561).

Tanto as convenções quanto os acordos coletivos de trabalho são instrumentos normativos, que não se distinguem quanto à essência, mas quanto aos sujeitos envolvidos na negociação e, consequentemente, à eficácia das normas pactuadas.

Como visto, conforme disposto no art. 611, *caput* e §1º, da CLT, a convenção coletiva é o acordo entre dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais; o acordo coletivo de trabalho é feito entre uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica e o sindicato da categoria profissional.

Viana (2000, p. 561) destaca a ênfase que a Constituição de 1988 deu à negociação coletiva, a ponto permitir considerá-la um princípio no Estado Democrático de Direito brasileiro, justificando tal posição a partir do disposto no art. 7º, inciso XXVI, que reconhece convenções e acordos coletivos de trabalho; nos arts. 9º e 8º, incisos I e VIII, “que ampliam o direito de greve, garantem estabilidade aos líderes de classe e proíbem a ação do Estado na vida sindical”; e por acrescentar a esses institutos “um novo papel: o de instrumento de gestão da crise” (FARIA, José Eduardo apud Viana, 2000, p. 561).

Viana ainda ressalta que a negociação coletiva não é a única forma de ação sindical, pois, por vezes, “os trabalhadores se unem com outros propósitos, como, por exemplo, para

defender o direito posto, combater certas políticas ou até derrubar governos.” (VIANA, 2000, p. 561).

Há divergência acerca da natureza jurídica dos instrumentos normativos, havendo vertentes doutrinárias que tratam como contrato ou como norma.

Viana pondera que se trata de um misto de ambos, na medida em que quanto à estrutura, o convênio coletivo é ajuste de vontades (contrato) pelo direito, mas quanto à substância, cria regras gerais e abstratas, ou seja, é norma; é fonte de direito que “fica à espera dos contratos individuais, que funcionam como *canais de individuação*[185]“. (VIANA, 2000, p. 563).

O autor acrescenta que também há dualidade quanto à origem e o fim do convênio coletivo, pois “nasce do contrato, mas vive como norma”; ao mesmo tempo “se distancia [e...] e se aproxima da lei”. (VIANA, 2000, p. 563).

Independentemente do entendimento acerca da natureza jurídica, dentre as diversas formas de solução de conflitos, destaca-se a negociação coletiva, principalmente em se tratando de conflitos trabalhistas de natureza coletiva.[186]

A negociação coletiva é um dos mais importantes métodos autocompositivos de solução de conflitos na sociedade, como destaca Delgado:

> A negociação coletiva ou transação coletiva negociada é fórmula autocompositiva essencialmente democrática, gerindo interesses profissionais e econômicos de grande relevância social. Por isso não se confunde com a renúncia e muito menos com a submissão, devendo cingir--se, essencialmente, à transação (por isso fala-se em transação coletiva negociada). (DELGADO, 2018, p. 1630)

Há mecanismos que podem ser adotados no processo de negociação coletiva, chamados instrumentos-meios (mediação, greve, arbitragem) [187] com vistas a viabilizar o

---

[185]A expressão é de Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (VIANA, 2000, 563).

[186] Como explica Delgado (2018, p. 1629), conforme os sujeitos envolvidos e a sistemática operacional do processo de solução do conflito, os métodos interindividuais e sociais classificam-se em três grandes grupos: autotutela, heterocomposição e autocomposição, neste último inserida a negociação coletiva.

Na autotutela, apenas os sujeitos originais em confronto relacionam-se na busca da extinção do conflito, sendo a sistemática de análise e solução da controvérsia gerida por uma das partes (justiça privada). O próprio sujeito busca afirmar seu interesse, impondo-o à outra parte e aos demais indivíduos, com exercício de coerção pelo próprio particular.

Na heterocomposição a sistemática de análise e solução da controvérsia é transferida, em maior ou menor grau para um agente exterior, para a entidade interveniente. São exemplos de meios heterocompositivos: jurisdição, na qual pode haver exercício de coerção pelo agente exterior ao conflito original; arbitragem, conciliação e, de certo modo, a mediação.

Na autocomposição apenas os sujeitos originais em confronto relacionam-se na busca da extinção do conflito, sendo a sistemática de análise e solução da controvérsia gerida pelas próprias partes.

A autocomposição pode se verificar de três maneiras (DELGADO, 2018, p. 1630): **renúncia**, que consiste no “despojamento unilateral em favor de outrem de vantagem por este almejada”; **aceitação, resignação ou submissão** de uma das partes ao interesse da outra; ou **transação**, “concessão recíproca efetuada pelas partes”.

consenso, ou seja, os instrumentos-fins (acordo e convenção coletiva de trabalho) que são os objetivos buscados pelos entes coletivos.

Concomitantemente à intensificação da utilização da negociação coletiva para a solução de conflitos, o que se deu a partir da década de 1990, também se intensificou em alguns períodos (1990-92; 1998-2002 e a partir de 2016-17) a ideia de que ela "detenha prerrogativa de piorar, precarizar, rebaixar as condições de vida e de trabalho dos empregados e demais trabalhadores sob sua influência normativa." (DELGADO, 2018, p. 1637).

No entanto, os instrumentos normativos não são um fim em si mesmos, estando sujeitos aos limites que decorrem da ordem jurídica, como será abordado adiante.

4.3.2.2.3 A demarcação dos limites à autonomia negocial coletiva pela lógica civilizatória constitucional e pelo princípio da adequação setorial negociada188

Para assentar critérios definidores dos limites da prevalência do negociado sobre o legislado, um aspecto essencial é refletir acerca dos limites da negociação coletiva, ou seja, da forma como se relacionam as fontes autônomas e as heterônomas no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Delgado ressalta:

> Um dos pontos centrais de inter-relação entre o Direito Coletivo e o Direito Individual do Trabalho reside na fórmula de penetração e harmonização das normas juscoletivas negociadas perante o estuário normativo heterônomo clássico ao Direito Individual do Trabalho. ***Reside, em síntese, na pesquisa e aferição sobre os critérios de validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho em face da legislação estatal imperativa que tanto demarca o ramo justrabalhista individual especializado."*** (DELGADO, 2018, p. 1667, grifo nosso).

Em que pese ser admitido o pluralismo normativo, como já exposto, a existência de fontes não emanadas do Estado não rompe com a unidade do ordenamento jurídico.

No entanto, para a convivência e a harmonização das normas que compõem a ordem jurídica, são estabelecidos critérios de hierarquia, de interpretação e aplicação dessas no caso concreto, conforme se tratará adiante.

Nesse contexto, a Constituição cumpre papel essencial, pois, além do aspecto político, de estabelecer a estrutura do Estado, "instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade" (BARROSO, 2012, p. 96), também

---

[187]Na **mediação**, um agente, considerado terceiro imparcial, busca auxiliar as partes e instigá-las à composição, cujo teor será definido pelas próprias partes. Este mecanismo de solução de conflitos pode ser instrumento-meio da negociação coletiva, assim como a **greve** (exemplo de utilização da autotutela, mas que leva a outras formas de solução do conflito) e a **arbitragem** (prevista como faculdade no art. 114, §1º, da CR/88). (DELGADO, 2018, p. 1630).

[188] Foi Maurício Godinho Delgado que identificou e nomeou esse princípio.

"organiza o exercício do poder" (BARROSO, 2012, p. 96). Dispõe sobre o processo de criação do próprio Direito, admitindo a existência das fontes não estatais e, além disso, fixa os parâmetros para a criação, interpretação e aplicação de todas as fontes normativas.

Tais processos estão vinculados, portanto, ao tripé conceitual em que se estrutura o Estado Democrático de Direito no País: "a pessoa humana, e sua dignidade; a sociedade política, democrática e inclusiva; a sociedade civil, também democrática e inclusiva." (DELGADO, 2018, p. 1635-1636).

Acerca da importância da Constituição como elemento garantidor da unidade de sentido dentro da ordem jurídica, ressalta Enterría:

> A Constituição assegura a unidade do ordenamento jurídico essencialmente sobre a base de uma 'ordem de valores' materiais nela expressos e não sobre simples regras formais de produção de normas. A unidade do ordenamento é, sobretudo, uma unidade material de sentido, expressa nos princípios gerais de Direito, que ao intérprete cabe investigar e descobrir (sobretudo ao intérprete judicial, a jurisprudência), ou a Constituição os tenha declarado de maneira formal, destacando entre todos pela decisão suprema da comunidade que o fez, uns valores sociais determinados que se proclamam no solene momento constituinte como primordiais e básico de toda a vida coletiva [...] Esses valores não são simples retórica, não são [...] simples princípios programáticos, sem valor normativo de aplicação possível; pelo contrário, são justamente a base inteira do ordenamento, a que há de conferir-lhe sentido próprio, a que tem de direcionar, portanto, toda a sua interpretação e aplicação [...], começando pela própria Constituição. (ENTERRÍA apud ALMEIDA, 2016, p. 114-115).

Destarte, a Constituição é a fonte principal do ordenamento jurídico e eixo irradiador de sentido para a elaboração e compreensão também das fontes autônomas, de maneira que os convênios coletivos (acordos e convenções coletivas) não são um fim em si mesmos.

O reconhecimento e a existência de estímulos à negociação coletiva trabalhista por meio de normas constitucionais[189] se dá nessa dimensão, como meio de "favorecer a democratização da sociedade civil" e "a inclusão socioeconômica das pessoas humanas na sociedade civil." (DELGADO, 2018, p. 1636 e 1639)

A "regência normativa e os estímulos constitucionais" à negociação coletiva devem ser compreendidos e aplicados também conforme a "civilizatória lógica constitucional", que coloca "a pessoa humana no vértice da ordem constitucional" e, consequentemente, da ordem jurídica, social, econômica, cultural e institucional. (DELGADO, 2018, p. 1637-1638)

Considerada a unidade da ordem jurídica e a centralidade dos valores constitucionalizados, o conteúdo dos instrumentos normativos é limitado às regras e princípios explícitos e implícitos no texto da Constituição (VIANA, 2000, p. 565) e no

[189] A título de exemplo, destacam-se o art. 7º, incisos VI, XII, XIV e XXVI; art. 8º; art. 114, parágrafo 2º, da CF/88.

sistema internacional dos direitos humanos e *jus cogens* (art. 5º, inciso LXXVI e parágrafo 2º).

Além dos princípios constitucionais do Direito do Trabalho, que conferem a fisionomia tutelar a esse ramo jurídico, já abordados no capítulo 2 da tese, destacam-se como balizadores dos limites da autonomia privada coletiva ou do conteúdo dos instrumentos normativos os seguintes: princípio da vedação ao retrocesso social; princípio da progressividade; princípio da norma mais favorável; princípio in dubio pro homine; princípio da indisponibilidade; e princípio da irrenunciabilidade.

Tais princípios decorrem da conexão essencial entre a concretização dos direitos sociais trabalhistas e a efetivação da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, da cidadania e, de forma mais objetiva, ressaem do disposto nos artigos 7º, *caput*, 170, 186 e 193 da Constituição.

Soma-se aos princípios destacados supra o princípio da adequação setorial negociada, que se ocupa em identificar e estabelecer critérios para definir em que medida "as normas juscoletivas podem se contrapor às normas jusindividuais imperativas estatais existentes" (DELGADO, 2018, p. 1668)

Como já exposto no capítulo 2, a ideia que norteia o princípio da vedação ao retrocesso social é a de impossibilidade de retrocesso da proteção já assegurada aos trabalhadores por normas já existentes, ou seja, de conservação dos direitos e garantias já conquistados e reconhecidos.

Indo além, o princípio da progressividade informa que a criação, interpretação e aplicação das fontes normativas deve ocorrer no sentido de superar positivamente o conteúdo de direitos e de garantias já obtido e reconhecido.

Ademais, havendo mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve prevalecer a mais favorável ao empregado (princípio da norma mais favorável) e entre as soluções possíveis, deve ser aplicada a que prestigia a melhoria da condição humana do trabalhador (princípio *in dubio pro homine*).

A negociação coletiva é um processo complexo, que pode ter resultados diferentes conforme o contexto em que ocorra, pois sofre as interferências das circunstâncias políticas e econômicas, que podem afetar, diretamente, o poder de barganha dos trabalhadores por seus sindicatos (entre as quais se destacam o desemprego e o corte de custeio sindical com vistas a dificultar a mantença e atuação dessas associações) e a capacidade dos empregadores de assumir novas obrigações ou de manter as já assumidas em negociações anteriores.

Diante dessa peculiaridade e de a negociação coletiva envolver a atuação de sujeitos coletivos, os princípios da vedação ao retrocesso social, da progressividade, da norma mais favorável e da indisponibilidade são aplicados de forma conjugada com o princípio da adequação setorial negociada.

Isto não significa que os comandos e diretrizes do ordenamento jurídico trabalhista não se apliquem ao direito coletivo, que sejam mitigados nem que sejam flexibilizados, mas que a aplicação é proporcional à necessidade da proteção; à necessidade de restrição da autonomia da vontade coletiva.

Assim, ao tratar dos critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva e as normas jurídicas heterônomas estatais, o **princípio da adequação setorial negociada** leva em consideração as particularidades da negociação, da categoria, do segmento de atividade e até do empreendimento, permitindo a **customização da norma** de forma a melhor se adequar às circunstâncias que envolvem os contratos que regerá.

No entanto, por outro lado, não deixa de existir o compromisso com as diretrizes enunciadas pelos princípios já rememorados, de maneira a preservar o caráter negocial progressista da negociação coletiva, que não tem autorização constitucional para funcionar como mecanismo de chancela para a desconstrução dos direitos e garantias já conquistados pelos trabalhadores.

A Constituição de 1988 “resgatou a negociação coletiva de seu limbo jurídico e de sua inércia factual”, mas “não a transformou, perversamente, em um mecanismo adicional de solapamento de direitos individuais e sociais humanísticos trabalhistas - os quais a própria Constituição de 1988 alçou a patamar magno e superior.” (DELGADO, 2018, p. 1639)

Ademais, não se pode perder de vista que a negociação coletiva não pode consistir em mero ato de despojamento unilateral de direitos dos trabalhadores (princípio da irrenunciabilidade dos direitos), seja pela vinculação que têm com a concretização da dignidade humana e da cidadania; seja porque a Constituição estabelece que atuação sindical existe para a “defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria”[190], o que é incompatível com renúncia dos direitos dos terceiros que representa e com os demais princípios expostos.

[190]Como dispõe a Constituição de 1988:
Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
[...]
III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...]

De forma objetiva, a negociação coletiva, dentro do contexto ideológico e axiológico dado pelos princípios ora relembrados que contagiam todas as demais fontes normativas e que vinculam a interpretação e a aplicação destas, somente podem implicar em transação, ou seja, em concessões recíprocas entre o sindicatos da categoria profissional e da categoria econômica (ou diretamente com o empregador ou grupo de empregadores).

Como ressalta Silva, "os limites internos e externos da autonomia são dados pelo grau de relevância dos interesses envolvidos" (SILVA, 2000, p. 33), sendo importante a distinção entre direitos de indisponibilidade relativa e absoluta.

Salvatore Pugliatti (apud SILVA, 2000, p. 33) explica que "interesses públicos são aqueles que dizem respeito à comunidade máxima, composta de indivíduos e grupos. Normalmente, são considerados próprios do Estado, mas também podem ser atribuídos a agrupamentos tradicionais que representam a coletividade maior em âmbito mais restrito, como as regiões, os municípios etc."

Na mesma linha, Viana explica que no caso do direito coletivo, há situações em que a disponibilidade pertence ao grupo e não ao indivíduo: são os casos em que "o interesse protegido é mais do que público e menos do que individual, afetando a esfera coletiva." (VIANA, 2000, p. 566).

Portanto, "a área de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria ao Direito Coletivo." (DELGADO, 2018, p. 251).

A transação decorrente de negociação coletiva deve versar sobre prestações que englobem direitos e garantias de indisponibilidade meramente relativa.

As concessões decorrentes do processo negocial coletivo não podem afrontar o que a sociedade convenciona como o mínimo necessário para a efetivação substancial da dignidade humana e que, como ensina Delgado, é traçado por três conjuntos de normas heterônomas:

> [...] as normas constitucionais em geral (respeitadas as ressalvas parciais feitas na própria Constituição); as normas de tratados e convenções internacionais vigorantes no plano interno brasileiro (art. 5º, §2º, CR/88); normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc). (DELGADO, 2018, p. 1566).

Portanto, a negociação coletiva trabalhista é poder inerente à sociedade civil, mas não é absoluto, incontrolável e avassalador e, assim, não pode "atuar no sentido antitético às próprias conquistas firmadas pela Constituição da República, pelas Convenções

Internacionais da OIT ratificadas pelo Estado Brasileiro e pela legislação heterônoma estatal da República Federativa do Brasil." (DELGADO, 2018, p. 1499).

Como ressalta Delgado, a jurisprudência trabalhista contemporânea (anterior à vigência da Lei n. 13.467/17) [191] já assentava que em se tratando de prestação assegurada por fonte heterônoma imperativa (Constituição, Tratados e Convenções Internacionais ratificados e/ou Leis Federais), ela "prevalece soberanamente, sem possibilidade jurídica de supressão ou restrição pela negociação coletiva trabalhista, salvo se a própria regra heterônoma estatal abrir espaço à interveniência da regra coletiva negociada" (DELGADO, 2018, p. 1670).

Para o autor, tal orientação da jurisprudência assenta com clareza o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho de que "não cabe à negociação coletiva diminuir ou suprimir direito trabalhista que tenha sido criado, sem ressalvas, por regra estatal imperativa." (DELGADO, 2018, p. 1671).

Em que pese o direcionamento dado pelo Tribunal Superior do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal, especialmente, a partir de 2015, quando trata das possibilidades e limites da negociação coletiva não endossa o entendimento que se harmoniza com a lógica constitucional civilizatória aqui exposta, como exemplificado no capítulo anterior.

Ainda assim, somente poderá ser considerado válido o acordo ou convenção coletiva cujo objeto esteja em consonância com todas as diretrizes decorrentes do ordenamento jurídico conformadoras do Estado Democrático de Direito brasileiro, cujo eixo axiológico é dado, basicamente, pelos princípios ora rememorados.

---

[191]Delgado pontua que "essa objetiva compreensão jurisprudencial que se consagrou nas últimas décadas está bem expressa, por exemplo, na Súmula 449 do TST [...], como na Súmula 437, II, do TST, em que se enfatizam os poderes e os limites da negociação coletiva trabalhista, que deve respeitar o império da normatividade estatal." (DELGADO, 2018, p. 1670).

"Súmula nº 449 do TST:

MINUTOS QUE ANTECEDEM E SUCEDEM A JORNADA DE TRABALHO. LEI Nº 10.243, DE 19.06.2001. NORMA COLETIVA. FLEXIBILIZAÇÃO**. IMPOSSIBILIDADE. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 372 da SBDI-1). – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014.**

A partir da vigência da Lei nº 10.243, de 19.06.2001, que acrescentou o § 1º ao art. 58 da CLT, não mais prevalece cláusula prevista em convenção ou acordo coletivo que elastece o limite de 5 minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho para fins de apuração das horas extras."

"Súmula nº 437 do TST.

INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nº 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

[...]

II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. [...]"

A partir dessas premissas e dos demais mecanismo e controles demonstrados nos itens a seguir é que devem ser analisadas as alterações decorrentes da Lei n. 13.467/17 no texto da CLT quanto à prevalência do negociado sobre o legislado.

Para tanto, também é essencial compreender os parâmetros estabelecidos pela ciência jurídica acerca da hierarquia e da hermenêutica e demais parâmetros definidores da eficácia do negócio jurídico e das leis.

4.4 Hermenêutica, Interpretação, Integração e Aplicação do Direito do Trabalho

Como explica Delgado:

> O Direito consiste no conjunto de princípios, institutos e regras, encorpados por coerção, que imprimem certa direção à conduta humana, quer alterando, vedando ou sancionando práticas percebidas, que estimulando ou garantindo sua reprodução. Tem o Direito, portanto, caráter atuante sobre a vida social, dela resultando e sobre ela produzindo efeitos. (DELGADO, 2018, p. 256).

Em decorrência de o Direito estar intrinsecamente ligado à vida social, exige, de forma constante, do operador jurídico processos analíticos lógicos e específicos interconectados: a **interpretação jurídica**, para a compreensão e determinação do sentido e extensão de determinada norma; a **integração jurídica**, para suprir a partir das fontes subsidiárias as lacunas identificadas nas fontes normativas principais no caso concreto, e, finalmente, a **aplicação jurídica,** que consiste na "incidência e adaptação das normas jurídicas às situações concretas." (DELGADO, 2018, p. 256).

Nesse plano, torna-se relevante a compreensão de tais processos e da Hermenêutica Jurídica, bem como dos critérios de hierarquia para definir a norma aplicável ao caso concreto.

4.4.2 Hermenêutica e Interpretação Jurídica

Como explica Delgado (2018, p. 263), "interpretar a norma jurídica é apreender-lhe e reproduzir-lhe o conteúdo e extensão." Trata-se de "determinar com exatidão seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende a sua aplicação." (MONTEIRO, 1980, p. 36).

A partir da reflexão teórica de Radbruch no sentido de que "a atividade interpretativa não se resume simplesmente em pensar de novo aquilo que já foi pensado por outrem, mas saber pensar até o fim aquilo que já começou a ser pensado por outrem" (RADBRUCH apud DELGADO, 2018, p. 263), Delgado pondera que "interpretar, para o Direito, seria desse modo, a operação de reproduzir o pensamento contido na norma ("pensar de novo"),

adequando-o ao processo sociocultural circundante (“saber pensar até o fim”).” (DELGADO, 2018, p. 263).

A Hermenêutica, em sentido estrito, se diferencia da interpretação, pois é mais ampla, por se tratar da “ciência que busca sistematizar princípios, teorias e métodos aplicáveis ao processo de interpretação – que os absorve e concretiza na dinâmica interpretativa.” (DELGADO, 2018, p. 260).

Em explanação didática, Lima conceitua hermenêutica como “a ciência da interpretação”, que “consiste num conjunto de regras e métodos voltados para a compreensão das normas jurídicas, buscando seu sentido e sua aplicação racional.” (LIMA, 2017, p. 2).

Como pontua Salgado, a hermenêutica “está ligada à questão lógica do descobrimento da verdade, que se expressa em signos linguísticos ou palavras. Interpretar é então buscar o significado verdadeiro das palavras, na medida em que essas palavras se articulem em proposições”, às quais se aplica o conceito de verdadeiro ou falso. (SALGADO, 1996, 15-16).

O autor explica que “A significação das coisas é a própria humanização da natureza” e o mundo humano é um mundo de significado, simbólico, “mundo da cultura”. (SALGADO, 1996, 18).

O ato de “Significar é representar uma coisa por outra. Torná-la signo”, pois “a ideia só passa de uma mente a outra por meio do signo” ou sinal, “carregado do significado, dado ao significante por quem o produz.” Assim, buscar tal significado, “captá-lo na sua totalidade, no objeto significante é tarefa da interpretação, levada a execução pelo recebedor da mensagem.”192 (SALGADO, 1996, p. 16).

A hermenêutica constitui o centro da Teoria do Direito, sendo “o substrato científico da arte de interpretar”, o que engloba o processo de tornar algo compreensível mediante as seguintes ações: DIZER; EXPLICAR; TRADUZIR. (LIMA, 2017, p. 2).

Assim, a hermenêutica serve para clarificar o texto, o contexto, o sobretexto e o sentido da norma, o que é essencial para aplicação concreta do Direito, pois, como aponta Häberle, “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada [...] ressaltando que interpretar o ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”. (MENDES apud HÄBERLE, 1997, p. 9-10).

No mesmo sentido de reconhecer que “a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada” (HÄBERELE, 1997, p. 30), Lima explica que:

---

[192] Assim, ainda que a Lei contenha disposições tais como a do artigo 611-B, parágrafo único, da CLT, que pretende afastar a natureza de norma de saúde do empregado, isto não tem a eficácia de alterara a natureza jurídica do bem jurídico tutelado.

> Enquanto não aplicado, o Direito é estático, mera previsão, sanção (premial ou punitiva) em potencial. E, para ser aplicado, seja por quem for, urge sua interpretação, [...] que vivifica a lei, tornando-a realidade. Antes disso, a lei é mero texto em potência, pronto para surtir efeitos no plano fático. O mais claro dos textos não está infenso a interpretações; ele aguarda o intérprete do Direito. [...] (LIMA, 2017, p. 2).

No processo interpretativo, cabe ao hermeneuta atentar para duas direções fundamentais: "a de **ordem lógica**, pela qual indaga dos meios para encontrar o adequado sentido da norma e a de **ordem filosófica**, que dirige o processo interpretativo à luz de um princípio superior do direito, que lhe aponta seus fins." (KALINOWSKI apud SALGADO, 1996, p. 13-14, grifo nosso).

Na cultura ocidental, os direitos fundamentais exprimem valores considerados essenciais que englobam a realização e a garantia de direitos subjetivos conferidos a todos como pessoas e que, "em última instância, mostram-se como forma de realização da liberdade, quer no momento objetivo, enquanto ordem normativa, quer no momento subjetivo, enquanto direitos subjetivos." (SALGADO, 1996, p. 14-15).

Assim, "uma hermenêutica da norma tem como objetivo revelar seu conteúdo de liberdade." (SALGADO, 1996, p. 29).

Salgado ressalta que:

> A constituição política de um povo é o lugar do reconhecimento dos direitos dos componentes da sociedade. A declaração desses direitos é o momento da universalização desses direitos, que se realizam na interação da conduta concreta e da norma garantidora dos direitos, Ora, a interpretação dessas normas tem como ponto básico a realização ampla dos direitos nela reconhecidos.
>
> [...] a declaração dos direitos fundamentais é exatamente a parte central de uma constituição democrática, porque é através da outorga e efetivação dos direitos subjetivos fundamentais que o direito realiza a liberdade e outros valores nele reconhecidos. (SALGADO, 1996, p. 30).

A Constituição não engloba em si todas as normas do ordenamento jurídico, do ponto de vista do conteúdo, mas incorpora valores cultural ou ideologicamente considerados superiores que colocam as normas constitucionais em posição de preponderância sobre outra normas e lhes confere unidade material. "O princípio valorativo ou ideológico adotado é que estabelece uma 'hierarquia' entre elas." (SALGADO, 1996, p. 31).

Acerca da importância da Constituição como eixo cultural e axiológico no Estado Democrático de Direito, Salgado ressalta:

> [...] do ponto de vista cultural, axiológico, a declaração de direitos (individuais e sociais) subordina (tem peso maior do que) todas as demais normas constitucionais num Estado democrático e social, ou Estado de Direito, do qual é essa declaração a razão de ser, na medida em que se concebe o Estado democrático de direito como o que declara a garante os direitos fundamentais, realizando os valores que constituem esses direitos. (SALGADO, 1996, p. 32-33).

Como pontua Abrantes:

> [...] Nestes tempos de ultraliberalismo, é preciso, de fato, afirmar que há valores cuja persecução não pode ser confiada ao mercado e que o primeiro desses valores, o princípio fundador de qualquer sociedade, é a dignidade da pessoa humana - a dignidade que cada ser humano, pelo simples fato de o ser, possui. O direito que cada ser humano tem à proteção da sua dignidade e da sua liberdade é hoje uma tarefa do próprio Estado democrático, o qual não pode ignorar os fortes podres econômicos e sociais existentes na sociedade civil, que, representado uma ameaça permanente para essa liberdade, tornam imperiosa a sua intervenção (...) A defesa dos mais débeis é, sem dúvida, uma das funções principais do Estado democrático." (ABRANTES apud PIRES e BARBOSA, 2018, p. 24)

Assim, a interpretação não é ato meramente mecânico, pois também tem o compromisso com o aspecto axiológico e deve "vislumbrar as várias facetas de uma realidade e saber pinçar o que ela pode oferecer de melhor para o ser humano. Portanto, não é apenas extrair o sentido da lei", a partir das técnicas e métodos de interpretação (LIMA, 2017, p. 2) e em consonância com a Teoria do Direito.

Após período de formação, intensificação e consolidação, o direito do trabalho alçou a condição de ramo jurídico autônomo, de ciência, com teoria própria, "composta de princípios, regras e leis científicas sistematizadas, com organização metódica e hipotética". (LIMA, 2017, p. 3).

Portanto, o direito do trabalho, que tem "conceitos próprios, teses, antíteses, sínteses; estuda institutos, analisa hipóteses, trata de comprovações" é ciência. (LIMA, 2017, p. 3).

Por outro lado, como explica Lima, "Lei não é ato de Ciência. É ato político, emanado de um dos poderes do Estado, o Legislativo, com a sanção de outro, o Executivo." A lei precisa ser interpretada para deixar de ser um mero comando estático e nesse processo está inserido e vinculado à Ciência e às formulações teóricas, de maneira que "pode ser desconstruída pelos hermeneutas que a aplicam, [...] pessoas que lidam com o texto e que podem torná-lo letra morta ou lhe conferir vivacidade [...]." (LIMA, 2017, p. 3).

Tal perspectiva se soma aos demais princípios, métodos e critérios de integração, identificação e aplicação da norma ao caso concreto para identificar em que medida a Lei nº 13.467/2017 – ápice da Reforma Trabalhista no Brasil, afeta a Teoria do Direito do Trabalho, notadamente, quanto à prevalência do negociado sobre o legislado.

Como explica Lima (2017, p. 3) a referida Lei pode até ter afetado a expressão ou a dimensão de algumas realidades como de "contrato de trabalho, jornada, repousos, negociação coletiva, rescisão contratual [...]". Ela também afetou as normas preexistentes (na CLT) e afeta a aplicação do direito do trabalho.

No entanto, isto não atinge a expressão teórica do direito do trabalho, haja vista a impossibilidade de a referida lei revogar os princípios, que também são normas e que são essenciais, cumprindo diversas funções no ordenamento jurídico, com respaldo e reforço da Constituição e das fontes internacionais, como será rememorado neste capítulo.

Nesse sentido, Lima ressalta:

> [...] **o ato político (a lei) não derroga a ciência**. Relembre-se, ademais, que os princípios de Direito do Trabalho, os quais serão apresentados adiante, são princípios universais, consagrados nos diversos sistemas trabalhistas, enfaticamente nos ordenamentos dos países ocidentais. Não constituem privilégios do ordenamento jurídico brasileiro. A teoria é mais ampla.[...] (LIMA, 2017, p.3, grifo nosso).

4.4.2.1 Métodos de interpretação e especificidade interpretativa no direito do trabalho

Os principais métodos de interpretação do Direito são: gramatical, lógico, sistemático, teleológico e histórico.

O método gramatical "busca o sentido que resulta diretamente do significado próprio e literal das palavras, fazendo do vocábulo o instrumento básico da interpretação." (DELGADO, 2018, p. 267).

O método lógico "busca o significado, coerência e harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal." Supõe-se que "a lei, após produzida, encarna uma vontade própria", de maneira que deve ser compreendida "afastada do conceito de ser mera exteriorização psíquica de uma pessoa ou entidade", buscando-se identificar a *ratio legis* ou *mens legis, "*o pensamento contido na lei, ainda que exteriorizado de forma linguística inadequada." (DELGADO, 2018, p. 267).

Como explica Delgado, o método sistemático busca a:

> [...] harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico. Tal método volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito. Pelo método sistemático, o processo lógico de interpretação passa a operar em campo mais vasto de ação: investiga-se também a tendência normativa hegemônica nas diversas formas e diplomas existentes sobre s matérias correlatas, adotando-se tal tendência como uma das premissas centrais implícitas àquela norma ou diploma interpretado. (DELGADO, 2018, p. 268).

O método teleológico ou finalístico "busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica", de maneira a "pesquisar, na interpretação,

os objetivos visados pela legislação examinada, evitando resultados interpretativos que conspirem ou inviabilizem a concretização desses objetivos legais inferidos.” (DELGADO, 2018, p. 268).

Tal método tem respaldo na legislação, como se verifica no art. 5º da LINDB, que prevê que “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” e art. 8º, *caput,* da CLT, que dispõe:

> Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

O método histórico, segundo Delgado, consiste “na pesquisa das necessidades e intenções jurídicas presentes no instante de elaboração da norma, com o fito de se compreender sua razão de ser, seus fins e a vontade efetiva do legislador”. (DELGADO, 2018, p. 269).

A interpretação no Direito do Trabalho se faz com a observância do mesmo tipo de processo que impera quanto aos demais ramos jurídicos, mas com a especificidade de ser inspirado pelos valores e princípios que lhes são essenciais, ou seja, “com enfoque de certo modo valorativo (a chamada jurisprudência axiológica) [...] no que diz respeito à leitura e compreensão da norma jurídica”. (DELGADO, 2018, p. 272).

Delgado ressalta entre os desafios do Direito do Trabalho brasileiro contemporâneo “realizar mais plenamente no seu interior a dimensão constitucional construída em 1988”, com destaque para a inadequada negativa de eficácia a algumas normas constitucionais; “a recusa a conferir efeitos jurídicos reais à função normativa dos princípios jurídicos”, inclusive constitucionais; e para a “insuficiente utilização do critério hermenêutico moderno intitulado interpretação normativa em conformidade com a Constituição” (DELGADO, 2018, p. 273-274).

Esse último critério, de interpretação normativa em conformidade com a Constituição:

> [...] evita as equações às vezes excessivamente formais, rigorosas, excludentes e maniqueístas das dualidades *inconstitucionalidade/constitucionalidade, revogação/recepção,* em benefício de uma linha interpretativa agregadora dos comandos impostos pela Constituição com as dimensões compatíveis e/ou adequáveis das normas infraconstitucionais confrontadas.” (DELGADO, 2018, p. 274).

4.4.3 Integração jurídica, colmatação de lacunas e solução de antinomias

O processo de integração jurídica visa preencher lacunas existentes nas fontes principais do sistema jurídico e dar efetividade ao princípio da plenitude da ordem jurídica, que informa que "a ordem jurídica sempre terá, necessariamente, uma resposta normativa para qualquer caso concreto posto a exame do operador do Direito." (DELGADO, 2018, p. 276-277).

Lacuna193 "é uma incompletude insatisfatória do seio do todo jurídico", que constitui deficiência do Direito, falta ou falha de conteúdo de regulamentação jurídica para dada situação fática. (ENGISH apud ALMEIDA, 2016, p. 220).

Como explica Almeida, lacuna significa "ausência de uma lei que forneça solução para determinado problema jurídico" (ALMEIDA, 2016, p. 220) ou "quando uma hipótese não está ligada a nenhuma consequência jurídica." (GUASTNI apud ALMEIDA, 2016, p. 221).

Diante de uma lacuna no caso concreto, faz-se necessária a colmatação194 pela criação de uma norma jurídica correspondente.

O ordenamento jurídico fornece os métodos para a solução das lacunas, mediante processo de integração ou colmatação normativa, conforme disposto nos arts. 8º da CLT e 4º da LINDB195, dentre os quais se destacam, sem que haja relação de supremacia entre eles: jurisprudência, analogia196, equidade197, usos e costumes, direito comparado e princípios gerais de direito.

---

193 Wânia Almeida pontua que "na sociologia jurídica, a expressão lacuna é substituída pela expressão anomia, no sentido de ausência de norma", sendo palavra de origem grega: *anomos,* na qual *"a* que representa" ausência, inexistência, privação de; e *nomos,* é lei, norma). (ALMEIDA, 2016, p. 221.)

194"Colmatar significa aterrar, condensar, tapar fendas, brechas, integrar o ordenamento jurídico, daí se falar em integração ou colmatação normativa, como decorrência do princípio geral de Vedação ao Non Liquet, também chamado de indeclinabilidade da jurisdição, pelo qual o juiz não pode deixar de julgar alegando lacuna" **(fazer referência)**

195CLT: Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. [...]

DECRETO-LEI Nº 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942.**:** Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. [...]

196Analogia é método de integração de lacunas, que designa o "procedimento pelo qual se atribui a um caso não regulado a mesma disciplina de um caso regulado de maneira semelhante." (BOBBIO, 2007, p. 291-293).

197Equidade é método de integração de lacunas, que informa que o aplicador do direito deve adotar a "solução que corresponda melhor às concepções morais [....] e econômicas predominantes na sociedade em que vive naquele momento." (CALAMANDREI, 1999, p. 99).

No processo de integração, pode-se recorrer à própria lei (autointegração) ou fontes diversas da lei (heterointegração), tendo como resultado, como aponta Guastini (apud ALMEIDA, 2016, p. 228-229):

- a ampliação da base de documentos normativos a ser considerada para a solução do conflito no caso concreto;

- a reinterpretação dos documentos normativos considerados como fontes, “de modo a extrair deles também a norma apta a fornecer a solução em questão”;

- a elaboração de uma norma nova (por analogia, por exemplo) e sua juntada ao sistema.

Por outro lado, pode ser identificada no ordenamento jurídico lacuna de conflito ou antinomia, que se verifica na hipótese de existirem no mesmo ordenamento jurídico normas válidas, mas incompatíveis. (BOBBIO, 2007, p. 234).

Como explica Almeida, antinomia “é a incompatibilidade ou conflito entre normas, que, como assevera Karl Engish, pode decorrer da falta de uniformidade da terminologia adotada pela 0lei [...], do fato de o legislador não se manter fiel a uma valoração por ele próprio realizada.” (ALMEIDA, 2016, p. 206).

A autora pontua que as antinomias “podem decorrer de imperfeições na elaboração das normas legislativas, em razão de falhas técnicas na elaboração das leis”, sendo que em tais casos, a solução, normalmente, se dá no campo da interpretação, levando à “ab-rogação (revogação) de uma das normas (aquela que na pirâmide hierárquica estiver em uma intensidade menos elevada) ou à sua interpretação restritiva, visando a sua compatibilidade com a outra, ou outra forma de interpretação que as compatibilize.” (ALMEIDA, 2016, p. 209).

Para afastar os prejuízos à eficácia das normas e as incertezas geradas pelas antinomias, os critérios tradicionais de interpretação são: hierárquico (de prevalência da norma hierarquicamente superior); cronológico (de prevalência da norma mais recente); e da especialidade (de prevalência da lei especial quando em confronto com a lei geral). (ALMEIDA, 2016, p. 209-210).

No entanto, considerando-se que tais critérios podem não ser suficientes para a solução das antinomias, visto que podem ocorrer conflitos entre os próprios critérios, chamados conflitos de segundo grau, são estabelecidos metacritérios de solução de antinomias. (ALMEIDA, 2016, p. 211).

Assim, em caso de conflito entre os critérios hierárquico e cronológico, prevalecerá o hierárquico, "por ser mais forte do que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão do tempo." (DINIZ apud ALMEIDA, 2016, p. 212).

No entanto, se o conflito se der entre os critérios cronológico e da especialidade ou entre os critérios hierárquico e da especialidade, não há uma regra definida de preferência, devendo ser definida a solução conforme o caso. (DINIZ apud ALMEIDA, 2016, p. 212).

De modo geral, ao solucionar um conflito é estabelecida a prevalência de uma regra sobre outra.

4.4.4 Aplicação Jurídica

Delgado explica que a aplicação do direito "consiste no processo de realização da incidência da norma abstrata sobre o caso concreto", que tem como instrumental a concepção de silogismo, "mediante o qual a norma jurídica desponta como premissa maior, o fato, como premissa menor, e a sentença, como conclusão." (DELGADO, 2018, p. 280).

Assim, a dinâmica interna desse processo consiste na "*combinação equilibrada* do mencionado *silogismo abstrato com uma vontade concreta permeada por uma necessária sensibilidade jurídico-social.* Na precisa fusão dessas equações é que se encontra a chave da função primordial desempenhada pelo juiz." (DELGADO, 2018, p. 281).

Importante lembrar, porém, que as molduras estabelecidas pela lei não se limitam às suas palavras.

Sendo o Direito "Génese, evolução e concepção da normatividade da conduta humana nas suas relações grupais em todo e qualquer de seus graus, impõem ao jurista o dever de remontar ao substrato social em toda a sua amplitude." (GOTTSCHALK, 1995, p.8).

Nesse sentido, se "o último fim de todo o Direito é a realização da Justiça, a estruturação formal da ordem jurídica pode ser o meio, jamais, porém, a medida para avaliar ao Direito o seu teor de justo e verdadeiro." (GOTTSCHALK, 1995, p. 9).

D'Agostino (apud SILVA, 2015, p. 34) explica que é necessária uma "ressemantização" para a "passagem da lei objetiva aos fatos concretos", o que significa que ao fazer a subsunção da lei ao fato, deve haver a passagem do fato à justiça:

> Esta é a primeira abertura da lei aos que não participaram de sua criação, mas estão presentes em sua aplicação. Começa aqui uma nova moldura da lei, a que se acresce um novo elemento, a "ressemantização" ou novo sentido de interpretação para as adaptações ao caso concreto. (SILVA, 2015, p. 35).

D'Agostino (apud Silva, 2015, p. 34) sustenta que "a missão do jurista perante o ordenamento jurídico é dupla: primeiramente aplica a lei como juiz e, em segundo lugar,

procura dar-lhe o sentido da *recta ratio* para que, cercada de conteúdo moral e político, possa de fato servir à justiça.”

4.5 Hierarquia entre as fontes normativas

Como explica Delgado, a hierarquia entre as fontes normativas traduz “ordem, gradação” e diz respeito ao “critério fundamental a responder pela harmonização das múltiplas partes normativas componentes de qualquer sistema de do Direito.” (DELGADO, 2018, p. 207).

No mesmo sentido, Kelsen explica que a ordem jurídica é estruturada a partir de “uma construção escalonada de normas supra e infraordenadas umas às outras, em que uma norma do escalão superior determina a criação da norma do escalão inferior”. (KELSEN, 1988, p. 222).

Gottschalk explica que:

> [...] das relações grupais primárias, nas quais já se revela a força normativa do simples fato da convivência social, subimos,degráu por degrau, até alcançarmos a unidade final que é a ordem jurídica na sua totalidade. Assim, a gradação das normas jurídicas não se afigura apenas como a expressão técnica da unidade do sistema, mas também como reflexo vivo e natural da hierarquia das próprias forças sociais. [...] Esta intensidade diferente das normas significa na verdade o ganho ou a perda de terreno na luta incessante entre o Estado e o indivíduo, entre a massa e a personalidade. (GOTTSCHALK, 1995, p. 8-9).

Assim, com vistas a evitar conflitos, a hierarquia entre as normas, segundo uma escala de importância, enseja o escalonamento destas “em níveis superpostos que as diferenciam entre si como normas superiores e normas inferiores, as primeiras **prevalecendo** sobre as segundas, de sorte que são válidas as segundas se conformes, formal e materialmente, com as primeiras.” (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 59).

A Constituição é norma superior; é pressuposto de todas as demais normas e “fonte direta das leis. Uma vez que a elaboração destas está regulada pela própria Constituição (arts. 59 a 69), nenhuma outra fonte do direito se interpõe entre elas.” (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 59).

A emenda constitucional é a Constituição modificada, tendo a mesma hierarquia que aquela.

Os tratados e convenções ratificados pelo Brasil são considerados normas supralegais, sendo que se tiverem conteúdo de direitos humanos e forem ratificados com quórum de emenda constitucional se equiparam a estas na escala de hierarquia das fontes normativas.

Nessa escala hierárquica, em seguida, imediatamente abaixo do ápice constitucional, há as leis delegadas, leis complementares, leis ordinárias.

As normas coletivas de trabalho têm status de lei ordinária, ex vi do que dispõe o artigo 7º, XXVI da CR/88.

No entanto, a pirâmide que estabelece a hierarquia entre as fontes normativas no âmbito do Direito do Trabalho não é rígida e inflexível. Ao contrário, em consonância com o disposto no *caput* do art. 7º, da Constituição, admite-se a prevalência da norma (ainda que, formalmente, se trate de norma "inferior") que conduza à melhoria da condição social do trabalhador, a partir de critério de "prevalência axiológica" (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 59), que se harmoniza com os demais princípios constitucionais e com o disposto no art. 1º, inciso IV; art. 6º; e art. 193 da Constituição e no art. 5º da LINDB.

Como explicam PIRES e BARBOSA:

> [...] para fins de aplicação do Direito do Trabalho, havendo concorrência de normas igualmente incidentes, a relação hierárquica entre elas, de superioridade e inferioridade, deve obedecer ao critério da que mais valoriza o trabalho ou da que mais protege o trabalhador, razão pela qual estas se consideram axiologicamente superiores e devem ser aplicadas. (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 49).

Corroborando com tal entendimento sobre o critério normativo hierárquico vigorante no Direito do Trabalho, Delgado (2018, p. 209-210) sustenta que "de modo plástico e variável [...] prevalecerá, tendencialmente, na pirâmide hierárquica, aquela norma que melhor expresse e responda a esse objetivo teleológico central trabalhista [...]", que visa à melhoria da condição social do trabalhador, ou seja, em consonância com a "dimensão humanística, social, democrática, e inclusiva da Constituição da República".

Tal critério consubstancia o princípio da norma mais favorável[198], que sempre permitiu a prevalência de instrumentos normativos sobre fontes heterônomas, desde que identificado que a fonte autônoma estabelecia melhoria para a categoria dos trabalhadores regidos por aquele acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Além disso, como aponta Delgado, no Direito do Trabalho, "não se deve, em princípio, falar em hierarquia de diplomas normativos (lei em sentido material), mas em hierarquia de *normas jurídicas* (heterônomas e autônomas)", o que "resulta da composição altamente diversificada do universo de fontes" nesse ramo jurídico. (DELGADO, 2018, p. 208).

Dentre as alterações promovidas no texto da CLT pela Lei n. 13.467/17, foi introduzido o art. 611-A, cujo *caput* decreta a prevalência do conteúdo das convenções e

[198] Tal princípio tem respaldo nos princípio e normas constitucionais já destacados, mas também estava evidenciado no texto do artigo 620 da CLT antes da alteração promovida com a Lei n. 13.467/17, como visto no capítulo 3 e será tratado no capítulo 5.

acordos coletivos de trabalho sobre qualquer outra fonte normativa, **sem condicionar tal aplicação ao favorecimento do empregado, como se pudessem prevalecer sempre, independentemente do aspecto axiológico que envolve o critério de hierarquia no Direito do Trabalho, com respaldo constitucional.**

Também foi alterado pela referida Lei o artigo 620 da CLT, que previa que havendo acordo e convenção coletivas aplicáveis a um determinado contrato de trabalho, prevaleceria o mais favorável. Após a alteração, o dispositivo prevê a prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção, de forma incondicionada.

Não há relação entre essa prevalência *contra legem* e o princípio da norma mais favorável ao empregado que "implica a eleição do que, *secundum legem*, é mais benéfico para o empregado." Assim, o que a reforma trabalhista criou, segundo PIRES e BARBOSA, foi um novo princípio hermenêutico da legislação do trabalho subordinado: "da **prevalência incondicionada** das normas dos acordos coletivos do trabalho e das convenções coletivas sobre as normas legais, favoreçam ou não o empregado." (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 51)

Além do aspecto axiológico para a fixação da hierarquia e, consequentemente, da prevalência de normas quando houver mais de uma aplicável ao caso concreto, é importante relembrar que quanto à vinculação, ao caráter coercitivo, as normas trabalhistas podem ser classificadas, basicamente, em imperativas, proibitivas e facultativas.

As primeiras impõem uma conduta às partes e são de observância obrigatória. Algumas normas imperativas não admitem modificação por fonte de direito hierarquicamente inferior. Outras admitem, desde que para estabelecer condição mais benéfica ao trabalhador.

As proibitivas vedam a prática de determinados atos e, como também asseguram a ordem publica, são de observância obrigatória.

As normas facultativas estabelecem procedimentos, que, entretanto, podem ser modificados por ajuste entre as partes na relação jurídica.

Delgado ressalta que o critério flexível de hierarquia do Direito do Trabalho encontra fronteira nas normas proibitivas oriundas do Estado. Quanto a estas, também se observa o critério rígido e inflexível do direito comum, de maneira que "o critério justrabalhista especial não prevalecerá ante normas heterônomas estatais proibitivas, que sempre preservarão sua preponderância, dado revestirem-se do imperium específico à entidade estatal [...] de um inarredável matiz soberano." (DELGADO, 2018, p. 210).

Diante dessas assertivas, verifica-se que instrumentos coletivos de trabalho não podem estabelecer normas que firam direitos que a lei assegura, ou seja, não podem dispor de forma menos favorável do que a Constituição e a legislação trabalhista. No mesmo sentido,

tampouco pode o contrato individual de trabalho retirar garantia, ferir ou deixar de conceder direito assegurado pela Constituição, legislação trabalhista ou norma coletiva de trabalho.

Dessa compreensão acerca da coordenação entre as normas, se identifica a necessidade de coerência e harmonia do ordenamento jurídico.

Tais fundamentos em torno dos critérios de hierarquia se somam e corroboram com o que foi exposto nos itens anteriores acerca dos limites da negociação coletiva a partir da lógica civilizatória constitucional.

Por outro lado, acerca da relação entre a autonomia privada individual e a autonomia privada coletiva, tem-se que as normas oriundas de negociações coletivas são hierarquicamente superiores às disposições dos contratos individuais de trabalho[199], aplicando-se coercitivamente a todos os empregados e empregadores por elas abrangidos, inclusive aqueles que não participaram diretamente do procedimento de negociação coletiva.

Isto se legitima pelo fato de o Estado ter conferido autorização institucional para aqueles grupos regularem seus próprios interesses. Ele confere a grupos organizados, que são os sindicatos e as empresas, a capacidade de, através das negociações coletivas, criarem normas que equilibram os interesses e constituem padrões de conduta para os membros dos mesmos grupos voltados às suas relações individuais.

Conforme ensina Manus (2001, p. 114), o artigo 7º da Constituição, no inciso XXVI, reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho como instrumentos de regulação das relações individuais de trabalho, no âmbito da representação dos sindicatos e empresas. Assim, conterá o instrumento coletivo cláusulas normativas, que são aquelas de aplicação obrigatória às partes sujeitas à sua incidência. Em outras palavras, empregados e empregadores são obrigados a respeitar cláusulas produzidas por suas entidades de representação, pois o sistema jurídico reconhece a autonomia privada coletiva como produtora de normas trabalhistas.

Ressalta-se que os sindicatos não atuam como extensão do Estado, nem seus interesses coincidem. Eles tutelam os interesses próprios, enquanto entidades representativas de trabalhadores e de empregadores.

Também se trata de autonomia privada. Porém, como tutelam interesses coletivos, as cláusulas normativas oriundas das negociações coletivas sobrepõem-se à vontade individual. É a autonomia privada coletiva limitando a autonomia privada sob seu aspecto individual.

---

[199] Tecnicamente, como já exposto, o contrato individual de trabalho, malgrado ser fonte de obrigações para as partes que participam daquele negócio jurídico, não é norma jurídica.

Nada impede, no entanto, que haja ajuste individual entre empregado e empregador ou que por liberalidade do empregador, seja estipulada vantagem acima do que tiver sido definido em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Ocorrendo tal situação, a estipulação mais benéfica se aplicará ao contrato de trabalho específico, em sobreposição ao convênio coletivo.

4.5.1 *A relevância dos princípios na ordem jurídica*

A ordem jurídica é constituída por normas, ou seja, "dispositivos gerais, abstratos, impessoais, aplicáveis *ad futurum* e dotados de coercitividade a regular a sociedade, segundo certo prisma de valores." (DELGADO, 2006, p. 108) As normas podem ser divididas em princípios e regras, na concepção de Alexy, destacada por Delgado (2006, p. 108).

Os princípios se distinguem das regras pelos critérios de generalidade e de ponderação. Assim, na tradução daquela autora:

> Os princípios são "mandamentos de otimização", normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fático-jurídicas existentes no caso concreto. Sua realização, enquanto diretriz maior de um sistema jurídico, será necessariamente graduada e ponderada.
>
> As regras, em contrapartida, por estarem fundadas no critério de validade, devem ser cumpridas na exata medida de sua previsão, o que impossibilita o uso de qualquer graduação ou ponderação em seu cotejo. (ALEXY *apud* DELGADO 2006, p. 61).

Portanto, as regras jurídicas "são normas em sentido estrito, aplicáveis objetivamente em determinadas situações fáticas reguladas pelo Direito. Os princípios, em contrapartida, são normas genéricas e, portanto, basilares ao sistema jurídico." (DELGADO, 2006, p. 108).

Esta leitura da teoria construída por Alexy também é feita por Branco, que destaca:

> [...] na perspectiva de Alexy, os princípios são tidos como uma categoria deontológica, ou seja, compõem o universo daquilo que é considerado obrigatório e, nessa condição, acabam por ser responsáveis por garantir uma coerência lógica ao Sistema, uma vez que evitam contradições quanto ao dever-ser das regras. Aliás, as regras distinguem-se dos princípios, por serem eles mandados de otimização que determinam que algo seja realizado o mais amplamente possível, respeitada a realidade jurídica existente; enquanto elas, apesar de também serem mandados de otimização, somente admitem seu cumprimento integral ou o seu não cumprimento por via da simples subsunção jurídica. (ALEXY *apud* BRANCO, 2007, p. 89).

Barroso também reconhece a existência de divisão entre as normas jurídicas, considerando que:

> [...] as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais em particular, podem ser enquadradas em duas categorias: normas-princípio e normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípios, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema. (BARROSO *apud* BARROS, 2007, p. 172).

A noção de que os princípios conferem unidade e coesão internas a determinado ramo jurídico também está presente na definição de Plá Rodriguez, que considera que "todos os princípios devem ter alguma conexão, ilação ou harmonia entre si, já que em sua totalidade perfilam a fisionomia característica de um ramo autônomo do direito, que deve ter sua unidade e coesão internas".

Na definição de Delgado, os princípios são diretrizes gerais ou:

> [...] proposições fundamentais induzidas e indutoras do Direito. São diretrizes centrais que se inferem de um sistema jurídico e que, após inferidas, a ele se reportam, informando-o. Por isso é que se pode dizer que consubstanciam comandos jurídicos instigadores do universo do Direito. (DELGADO, 2004, p. 14).

Assim, os princípios conferem coerência ao ordenamento jurídico, estabelecendo as diretrizes a serem observadas no momento de construção das regras jurídicas (fase pré-jurídica ou política), atuando como fontes materiais do Direito. (DELGADO, 2004, p. 16)

Nesse sentido, García conceitua os princípios como "aquelas linhas diretrizes ou postulados que inspiram o sentido das normas trabalhistas e configuram a regulamentação das relações de trabalho, conforme critérios distintos dos que podem encontrar-se em outros ramos do direito". (GARCÍA *apud* RODRIGUEZ, 2000, p. 34)

Em momento posterior à elaboração da norma ou, na expressão de Delgado (2004, p. 17), *na fase propriamente jurídica*, os princípios, que "compõem o próprio Direito posto, desempenham funções diferenciadas e combinadas".

A primeira destas funções reconhecidas na doutrina é a interpretativa, ou descritiva, que se concretiza no processo de interpretação da norma jurídica, ou seja, "no processo de compreensão da regra", balizando-a conforme o núcleo do conjunto do sistema jurídico, propiciando "uma leitura reveladora das direções essenciais da ordem jurídica analisada". (DELGADO, 2004, p. 17).

A segunda função reconhecida pela doutrina tradicional se verifica nos casos em que seja necessária a integração jurídica, quando não houver fonte normativa principal da ordem jurídica regendo determinada situação jurídica. Nos casos de lacuna nas regras legais do Direito, a "função normativa supletória ou normativa subsidiária" Delgado (2004, p. 18) é reconhecida, inclusive de forma expressa (artigo 8º da CLT; artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil; artigo 126 do CPC).

Como sintetiza Lima:

> Os princípios jurídicos conferem sistematicidade ao Direito e, sobretudo, ao campo em que operam, servindo de fundamentos e, ao mesmo tempo, de critérios de interpretação. Os princípios se relacionam entre si, complementando-se mutuamente, e espargindo sua lucipotência às demais normas (regras), como leis, decretos, resoluções, portarias, instrumentos coletivos de trabalho, sentenças normativas etc." (LIMA, 2017, p. 4).

Além de tais funções, Delgado destaca que no Estado Democrático se reconhece o "caráter normativo dos princípios"[200], sua "função normativa própria e não de simples enunciado programático". (DELGADO, 2006, p. 108).

Lima destaca o entendimento de Piovesan, que tratando especificamente do princípio da dignidade humana, reconhece que os princípios, assim como os demais preceitos relacionados com direitos fundamentais, têm força normativa, ao sustentar que "tal princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais". (PIOVESAN *apud* LIMA, 2006, p. 33).

A função normativa concorrente dos princípios permite que sejam considerados como "comandos abstratos, genéricos e impessoais, dotados de coercitividade e capazes de regular qualquer caso concreto". Conforme constata Delgado, os "princípios passaram, assim, a ser identificados como normas jurídicas nucleares de todo o sistema jurídico, vez que lhes foi assegurada condição efetiva para regular casos concretos (efeito vinculante próprio dos princípios)". (DELGADO, 2006, p. 108).

Delgado explica que:

> [...] em face de sua função normativa própria (e não mais meramente supletiva), os princípios desempenhariam diversos papéis conexos, todos de grande importância: em síntese, a possibilidade de extensão ou restrição de certa norma jurídica até ao ápice de sua própria invalidação. (DELGADO, 2006, p. 20).

O autor também esclarece que:

> [...] qualquer princípio geral do Direito – assim como os específicos a certo ramo jurídico especial – cumpre seu clássico papel interpretativo, podendo também, em casos de integração jurídica, cumprir seu tradicional papel normativo subsidiário. Qualquer deles ainda, respeitada sua força imanente (seu peso, como falam *Dworkin* e *Alexy*), cumpre o papel fundamentador mencionado pela moderna doutrina constitucionalista e filosófica do Direito, agindo como fonte normativa concorrente no processo de apreensão, interpretação e aplicação jurídicas. (DELGADO, 2006, p.21).

[200] A função informativa e a função normativa subsidiária eram "as duas funções que a doutrina tradicionalmente reconhecia aos princípios, até meados do século XX, ainda sob o império do positivismo jurídico". (DELGADO, 2004, p. 18.)

Assim, os princípios cumprem papel essencial nos processos de interpretação, de integração e de aplicação jurídica, bem como para estabelecer o critério de hierarquia e de prevalência de determinada norma no caso concreto.

Como ressalta Lima, “O principal valor incutido nos princípios trabalhistas é a justiça, em sua expressão social (justiça social) e individual (equidade). A Lei nº 13.467/2017 deve ser interpretada à luz dos princípios consolidados no Direito do Trabalho.” (LIMA, 2017, p. 4)

Para tanto, além dos princípios já abordados no capítulo 2 dessa tese, destacam-se a seguir alguns outros princípios que são relevantes em tais operações.

4.5.1.1 Princípios gerais do Direito

Vilhena (1997, p. 120) sustenta que princípio geral de direito é fonte de direito e explica que consideram-se princípios gerais do Direito “[...] as máximas, os postulados ou os preceitos mais gerais, desprendidos da experiência histórica jurídica ou concentrados nos sistemas evolutivos do direito natural e que contêm uma formulação genérica de conduta ético-jurídica”.

Barros destaca a definição de princípios gerais do Direito dada por Flórez-Valdéz, citada por Bastos:

> Os princípios gerais do Direito são “as idéias fundamentais sobre a organização jurídica de uma comunidade, emanados da consciência social, que cumprem funções fundamentadoras, interpretativas e supletivas, a respeito de seu total ordenamento jurídico”. Celso Ribeiro Bastos enumera como princípios gerais do Direito os da justiça, da igualdade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, os quais são vistos como valores (justiça, liberdade, bem-estar geral e paz interior), porque atuam como metanormas. (BASTOS apud BARROS, 2007, p. 169).

Na definição de Delgado (2004, p. 23), os princípios gerais do Direito são “diretrizes gerais informadoras da noção, estrutura e dinâmica essenciais do Direito. Sua abrangência é ampla, tendendo a atingir todos os segmentos da árvore jurídica, independentemente das particularidades diferenciadoras de cada ramo”.

Barros (2007, p. 172) considera que os princípios gerais do Direito são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema jurídico”.

Na mesma linha, Branco, partindo da concepção de princípio constitucional como “norma das normas”, defende a supremacia destes princípios em relação às demais normas jurídicas, conforme destacado:

> A partir dessa premissa [...] solidificamos nossa convicção de que os Princípios Constitucionais – especialmente no caso da realidade brasileira em que se encontram positivados no texto da carta republicana – não só ocupam um lócus de inegável soberania dentro do Sistema Jurídico, como também são, de certa forma, hierarquizados entre si conforme o conteúdo ou mesmo a matéria por eles positivados, havendo, inclusive, uma predominância daqueles que tratam dos Direitos Fundamentais do Homem em relação àqueles que cuidam das demais normas gerais constitucionais. (BRANCO, 2007, p. 37).

Delgado (2004, p. 23) explica que, em virtude do constitucionalismo da segunda metade do século XX, passou a ser reconhecido o caráter normativo específico dos princípios, de forma que os "princípios gerais de Direito tendem a ser, hoje, princípios de Direito Constitucional".

Dentre tais princípios, plenamente aplicáveis no âmbito da relação de emprego, destacam-se o princípio da dignidade humana e outros a ele relacionados. Destes, Delgado (2004, p. 24) enumera: princípio da não-discriminação, princípio da justiça social e princípio da equidade. Em outro plano, princípio da proporcionalidade e princípio da razoabilidade.

O autor também considera que há outros que "não são necessariamente vinculados à Constituição, mas ao plano jurídico geral", por exemplo, "o princípio da boa-fé e seus corolários, princípios do não-enriquecimento sem causa, da vedação ao abuso de direito e da não alegação da própria torpeza", que, apesar de não serem específicos do Direito do Trabalho, se aplicam às relações de emprego.

Bovero explica que a verdadeira invenção do século XX foi a rigidez das Constituições e, com isto, a sujeição de todos os poderes ao direito, nos âmbitos interno e internacional, precisamente, ao imperativo da paz e aos princípios de justiça positiva. Em primeiro lugar estão os direitos fundamentais, que se estabeleceram tanto nas Constituições estatais como no embrião de Constituição mundial que a Carta da ONU e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (BOVERO apud Ferrajoli. 2001, p. 216).

4.5.1.2 Outros princípios constitucionais influentes no Direito do Trabalho

Delgado explica que há um grupo de princípios constitucionais que não se desenvolveram a partir de matérias relacionadas ao Direito Trabalho, mas que "por diferentes razões passaram a ter influência no campo trabalhista." (DELGADO, 2004, p. 25).

De fato, o Direito do Trabalho, assim como qualquer ramo do Direito, deve acompanhar as evoluções que se verificam na sociedade, considerado seu âmbito de aplicação. Contudo, nem sempre a regulação expressa é capaz e acompanhar as novas

situações que surgem no plano social, de forma que os princípios se apresentam como fontes normativas relevantes.

O primeiro desses princípios é o da **proporcionalidade**.

Delgado cita a definição de Bonavides, construída a partir da teorização de Pierre Muller:

> [...] 'o princípio se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo'. [...] Nesse quadro, verifica-se '...violação do princípio da proporcionalidade, com ocorrência do arbítrio, toda vez que os meios destinados a realizar um fim não são por si mesmo apropriados e ou quando a desproporção entre meios e fim é particularmente evidente, ou seja, manifesta'. (BONAVIVES apud DELGADO, 2004, p. 44).

Trata-se do que Alexy definiu como "mandado de ponderação" (ALEXY apud DELGADO, 2004, p. 45), ou seja, princípio que "envolve '...uma obrigação e uma interdição; obrigação de fazer uso de meios adequados e interdição quanto ao uso de meios desproporcionais'".

O princípio da proporcionalidade é instrumento de extrema importância para alcançar a justiça em casos concretos, atuando não apenas no âmbito judicial como também "em qualquer relação de poder, como diretriz fixadora de limitações ao exercício desse poder e suas prerrogativas". (BONAVIVES apud DELGADO, 2004, p. 45).

Delgado (2004, p. 189) considera que o princípio da proporcionalidade é aplicado conjugadamente com o princípio da razoabilidade, pois ambos "tratam de dimensões convergentes das condutas humanas e sociais e do processo de análise e valoração de tais condutas".

O **princípio da razoabilidade** é abstrato. Refere-se ao pressuposto de que o homem deve agir razoavelmente, com bom senso, e não arbitrariamente. Tal princípio "impõe limites a situações que a lei não consegue prevê-los de forma muito rígida, dadas as inúmeras circunstâncias que podem surgir no caso objeto da apreciação". (BARROS, 2007, p. 186).

Dispõe "o princípio da razoabilidade que as condutas humanas devem ser avaliadas segundo um critério associativo de verossimilhança, sensatez e ponderação". (DELGADO, 2004, p. 188).

4.5.1.3 Princípios externos aplicáveis ao Direito do Trabalho

Delgado sustenta que, além dos princípios constitucionais e específicos já mencionados, outros princípios gerais do Direito ou específicos de outros ramos jurídicos se

aplicam ao Direito do Trabalho, tais como o princípio da equidade, o da boa-fé, o do não-enriquecimento sem causa, o da vedação ao abuso de direito e o da não alegação da própria torpeza.

O princípio da equidade traduz a:

> [...] idéia de suavização do rigor da norma abstrata, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso concreto posto a exame judicial. É que a lei, como se sabe, regula situações-tipo, construindo dispositivos baseados nos elementos mais genéricos dessas situações. (DELGADO, 2004, p. 183).

Portanto, a equidade pode ser considerada um instrumento que auxilia o aplicador do Direito, na medida em que permite adequar o comando abstrato, tornando concreto à determinada situação específica. Essa possibilidade de adequação da norma à situação particular vivenciada pelo indivíduo evidencia que nesse "processo de incidência do comando geral, abstrato, impessoal e obrigatório do Direito", a "individualidade" da pessoa é reconhecida como relevante. Tal aspecto aproxima o princípio da equidade do princípio da dignidade humana, como reconhece Delgado (2004, p. 185).

Alice Monteiro de Barros considera que o **princípio da boa-fé**:

> [...] possui uma dimensão objetiva, que incide no direito obrigacional como regra de conduta segundo a qual as partes deverão comportar-se com lealdade recíproca nas relações contratuais. Em sua dimensão subjetiva, a boa-fé assenta-se na crença que induz uma parte a agir equivocadamente, mas na absoluta convicção de que não está lesando interesses alheios juridicamente protegidos. (BARROS, 2007, p. 184).

A autora explica que "o fundamento da boa-fé consiste em opor valores éticos com o objetivo de evitar os perigos de uma interpretação excessivamente positivista do ordenamento jurídico", exercendo, assim, "função flexibilizadora dos institutos jurídicos". (BARROS, 2007, p. 184) Também ressalta sua aplicação ao contrato de trabalho, ao considerar que o "empregador, [...] ao exercer o poder diretivo e disciplinar, deverá agir dentro dos limites traçados pela lei e pelas normas coletivas, como também ajustar-se às exigências da boa-fé, que impõem o exercício normal desse direito". (BARROS, 2007, p. 185).

Do princípio da boa-fé decorrem o princípio do não-enriquecimento sem causa, o da vedação ao abuso de direito e o da não alegação da própria torpeza.

O **princípio do não-enriquecimento sem causa**, conforme ressalta Delgado (2004, p. 195), consiste em "dar a cada um o que é seu" e se relaciona com o princípio da proporcionalidade, visto que se aproxima da noção de que deve haver equilíbrio entre os meios adotados e os fins objetivados pelo agente.

O **princípio da vedação ao abuso de direito** é “diretriz jurídica geral determinadora de que as condutas dos sujeitos de direito na vida social balizem-se entre a fruição de vantagens protegidas pela ordem jurídica e o adequado respeito a deveres gerais e obrigações específicas existentes”. (DELGADO, 2004, p. 194).

Delgado (2004, p. 194) destaca que se trata “exemplo de princípio de resistência, que desponta em situações de exercício irregular de certo direito”.

O **princípio da não alegação da própria torpeza** tem por objetivo “apenar a conduta voluntária maliciosa, negando a seu agente o efeito jurídico que, em outras circunstâncias, sem o uso da malícia teria alcançado”. (DELGADO, 2004, p. 192).

4.6 A relativa superação da dicotomia entre o público e o privado e a principiologia do Código Civil de 2002

Os conceitos clássicos que inspiraram o contratualismo no século XVIII se mostraram inservíveis na sociedade desigual, levando à transposição do modelo histórico de contrato, com libertação da autonomia privada do dogma da vontade (ARAÚJO, 2006, p. 283)

O Estado soberano, com vistas a favorecer o desenvolvimento da sociedade, “o que colabora para a intensificação da competição no mercado internacional” (ARAÚJO, 2006, p. 285) e atende, pois, aos interesses capitalistas imperialistas, intervém na autonomia da vontade, seja através da lei; seja pela atuação do Poder Judiciário.

> Queda-se o Estado na condição de legislador e juiz, exercendo uma vigilância sobre a liberdade, ora estatuindo normas imperativas e programáticas de política econômica, tendentes a tornar mais igualitário o liame da liberdade contratual entre as partes, ora retirando das avenças concretas a validade, amparado no entendimento de que fora abusivo ou anormal o exercício da liberdade. (ARAÚJO, 2006, p. 285).

A intervenção estatal se dá quando se vislumbra “ameaça direta ou indireta a valores sociais consagrados pelo ordenamento jurídico [...], a economia popular, a livre concorrência, a autonomia e soberania estatais, bem como sobre as liberdades e garantias individuais.” (ARAÚJO, 2006, p. 285).

A insaciedade do próprio capitalismo levou a distorções que evidenciaram que a liberdade assegurada no contexto decorrente das revoluções clássicas burguesas foi meramente formal, pois a “liberdade plena na declaração de vontades, em meio a uma sociedade desigual importava um desequilíbrio contratual [...]” (ARAÚJO, 2006, p. 282-283).

Diante de tais constatações, a disciplina das relações privadas vem sendo revista, sob a perspectiva de que o ordenamento jurídico se apresenta como uma unidade, estando no centro do direito público e do direito privado a pessoa, o ser humano. (LUDWIG, 2002).

A tutela pelo ordenamento privado se estabelece na tríplice dimensão do ser, do ter e do haver, em torno da pessoa, considerada não apenas como sujeito titular de capacidade jurídica, mas como ente possuidor de imanente dignidade. (LUDWIG, 2002).

Assim, não preponderam mais, nem mesmo no Direito Civil, os conceitos clássicos do contratualismo, tendo sido abandonada a concepção de que "a autonomia da vontade demarcaria a extensão do conteúdo da relação obrigacional, independentemente de regras jurídicas." (ARAÚJO, 2006, p. 287).

O **direito privado já não atende somente à autodeterminação individual**, pois com cada vez mais frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa, fundindo-se, ao contrário, o interesse público ao interesse privado, em campo plurifacetado, composto por múltiplos campos da vida social entrelaçados.

O Direito Civil passou a ser fundado na ideia de um ser social, que possui uma perspectiva pública e uma privada, e cuja dignidade deve ser assegurada, partindo-se da premissa de que o mesmo ramo jurídico deve resguardar valores existenciais, englobando valorizações de ordem psicológica, afetiva, moral. Assim, desenvolve-se como um sistema aberto, móvel, de princípios jurídicos e institutos jurídicos, que não estão ligados a formas de sociedade historicamente em mudança, mas com a humanidade da pessoa. (LUDWIG, 2002).

Nesse contexto, ganham espaço as chamadas "cláusulas gerais", animadas pela axiologia constitucional em sentido amplo, de forma a englobar as "Constituições grávidas", sistema internacional dos direitos humanos e *jus cogens*, como eixo e fixar os direitos fundamentais e os valores que determinada comunidade tem como essenciais.

Quanto a esse aspecto, destaca-se que o Código Civil de 2002 incorpora o princípio da operabilidade ou concretude, que resulta da preocupação de editar lei que possa ser aplicada ao maior número de situações possíveis. Assim, utiliza-se de técnica para evitar que fique obsoleto, mediante a introdução de cláusulas gerais (código aberto) e de conceitos de conteúdo indeterminado, definidas mediante apreciação no caso concreto, o que significa liberdade, flexibilidade para o intérprete, ou seja, poder ao julgador.

Além desse princípio, compõem principiologia do Código Civil de 2002 os princípios da socialidade e da eticidade.

O princípio da socialidade revela que a preocupação, que antes era com a pessoa e seu patrimônio, sob perspectiva capitalista, passa a proteger a pessoa antes do patrimônio dela, ou seja, *"o ser"*, evidenciando, também, a preocupação com direitos metaindividuais, difusos e coletivos, estabelecendo o equilíbrio entre os interesses da pessoa e os coletivos.

Além disto, a liberdade de contratar, que sempre esteve sujeita à ordem pública e aos bons costumes, de forma ainda mais efetiva deve ser entendida como limitada à função social. O que contratam tem que ser bom e útil para a pessoa e para a coletividade, respeitando-se o princípio da dignidade humana, além da atuação leal das partes (eticidade).

Assim, o princípio da boa-fé passa a justificar os deveres e obrigações das partes, sem, no entanto, excluir a função individual do contrato, representando, "em tese, a equivalência entre as partes e os interesses maiores da sociedade". (ARAÚJO, 2006, p. 289).

Entre as funções da boa-fé, destacam-se: interpretação do contrato; criação de deveres jurídicos; limitação ao exercício de direitos subjetivos (MARTINS-COSTA, 1996, p. 530).

Os artigos 421 e 422 do Código Civil assim dispõem:

> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.
> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé.

Trata-se de norma de ordem pública, como enuncia de forma expressa o parágrafo único do artigo 2.035 do mesmo diploma legal:

> Art. 2.035. [...]
>
> Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

Portanto, o contrato "não se resume em mecanismo de operacionalização da vontade individual", pois deve ser também "instrumento de paz e de desenvolvimento social." (Gomes, 2005, p. 743).

Sobre as limitações gerais à liberdade contratual: ordem pública e bons costumes, Gomes (1966, p. 27-28) explica que são inspiradas em razões de utilidade social, relativas às bases da ordem social ou aos princípios cuja observância por todos se tem como indispensável à normalidade dessa ordem.

No mesmo sentido, Venosa ressalta que a função social do contrato constitui aplicação moderna da nova dialética do Direito. Considera o contrato como elemento de eficácia social, que deve ser cumprido em benefício da sociedade. (VENOSA, 2012, p. 363)

Destarte, a vontade das partes, a liberdade, não é a única fonte da relação contratual, pois concorre com princípios e normas cogentes, impostos pelo ordenamento jurídico. (GOMES, 2015, p. 729).

Mesmo havendo “ingerência estatal no conteúdo das avenças”, isso “não sepulta, de forma alguma, o fulcro voluntarista que ainda permeia a formação dos contratos.” (ARAÚJO, 2006, p. 283).

Mesmo com a superação da dicotomia e a nova principiologia, o Direito Civil contemporâneo não é capaz de reger as relações laborais de forma a viabilizar o “fim do Direito do Trabalho”, pois tem como premissa elementar a igualdade entre os sujeitos; enquanto na relação de emprego, objeto do direito do trabalho, verifica-se justamente o contrário. Empregado e empregador não estão, geralmente, em patamar de igualdade e as normas visam a criar vantagens jurídicas justamente para amenizar essa distorção.

Não há dúvidas, pois, que o intervencionismo do Estado se verifica de forma inequívoca nos contratos regidos pelo Direito Civil, nos quais presume-se a paridade entre os sujeitos como regra. Mais do que isso, cada vez mais se verifica o entrelaçamento entre as normas voltadas à preservação dos interesses coletivos com as voltadas à regulamentação dos interesses individuais, a ponto de se reconhecer a relativa superação da dicotomia entre o direito público e o direito privado.

Ainda que a eficácia da distinção fosse meramente conceitual, haja vista a unidade do Direito, trata-se de aspecto que corrobora que o intervencionismo que a reforma trabalhista pretende desmanchar e amenizar no Direito do Trabalho existe também nas relações regidas pelo Direito Civil que sempre foi considerado o ramo representativo do direito privado.

Havendo limitação à autonomia privada no âmbito do direito civil, principal ramo do direito privado, com muito mais razão se fazem presentes o dirigismo e a limitação de tal autonomia na regulação das relações laborais, nas quais o ponto de partida é a desigualdade entre as partes.

Diante desse contexto é que se deve buscar identificar o porquê de no mundo do trabalho estar sendo adotado movimento em sentido oposto, sob a retórica do resgate à liberdade e à autonomia individual e coletiva.

A retórica de retomada das liberdades nas relações trabalhistas e as alterações decorrentes da Lei n. 13.467/17 na perspectiva de conferir maior autonomia individual e coletiva aos sujeitos do Direito do Trabalho precisa ser analisada considerando-se o ordenamento jurídico em sua totalidade e unidade, o que inclui os direitos humanos e o *jus cogens*.

Assim, a superação da dicotomia entre o direito público e o privado, notadamente, a principiologia consubstanciada no Código Civil de 2002, em consonância com o eixo civilizatório constitucional são fundamentos a serem considerados para constatar a eficácia e

o alcance das alterações promovidas pela reforma trabalhista pertinentes à prevalência do negociado sobre o legislado.

4.7 Diálogo das fontes

Para a solução de antinomias e de lacunas no ordenamento jurídico, existem os critérios já mencionados, que levam em consideração a hierarquia, a cronologia, a especialidade e a aplicação dos métodos reconhecidos na CLT e na LINDB no sentido de identificar a norma que deverá ser aplicada para solucionar o caso concreto.

Tais critérios e métodos tradicionais visam a identificar uma solução monolítica, na perspectiva de aplicação de uma norma em detrimento de outra em casos de confronto entre normas, tendo como resultado, pois, a exclusão de uma das normas no caso concreto. (ALMEIDA, 2016, p. 240).

No entanto, o diálogo das fontes se apresenta como método alternativo que permite a "aplicação simultânea, coerente e coordenada de diversas normas, para efeito de solução do caso concreto", sem que haja a exclusão de uma norma em favor de outra (ALMEIDA, 2016, p. 240), mas a convivência harmoniosa.

Bobbio (1999) ressalta a multiplicidade de fontes no Direito e a necessidade do operador em tratar com todos os aspectos do gênero humano, mutável e complexo no sistema jurídico, e cita Perassi para reforçar seu argumento: "As normas, que entram para constituir um ordenamento, não ficam isoladas, mas tornam-se parte de um sistema, uma vez que certos princípios agem como ligações, pelas quais as normas são mantidas juntas de maneira a constituir um bloco sistemático." (PERSASSI apud BOBBIO, 1999, p. 75).

Sendo assim, é flagrante a necessidade de diálogo entre as fontes do Direito no sentido de formarem um sistema unido e coeso, que se fortalece no caminho de efetivação dos princípios que visa resguardar.

Como a própria expressão já sugere, pelo uso do vocábulo "diálogo", trata-se de técnica que permite a comunicação integrada entre as fontes do direito e que sejam consideradas as influências recíprocas de uma sobre outras, com interpenetração e aplicação conjunta das normas ao mesmo caso, obtendo-se solução flexível e aberta, mesmo quando não houver na hipótese qualquer antinomia ou lacuna.

O diálogo das fontes, além de estar em consonância com a unidade do sistema normativo, com a necessidade de coordenação entre a normas e com a tendência decodificatória, a partir da constatação da impossibilidade de serem regidas por regras jurídicas a totalidade das múltiplas e capilarizadas relações sociais, permite a criação da

solução mais flexível e adequada a cada caso concreto e em consonância com os direitos fundamentais e os direitos humanos.

Marques ressalta que:

> [...] diálogo das fontes é diálogo entre leis postas, mas também pode atingir normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais, a exemplo do art. 7º, do CDC, e reconhece a força dos princípios imanentes do sistema e do bloco de constitucionalidade. É teoria humanista e humanizadora, pois utiliza o sistema de valores, para ter em conta em sua coordenação ou restaurar a coerência abalada pelo conflito de leis, o ponto de vista concreto e material das fontes em colisão. (MARQUES, 2012, p. 25).

O diálogo das fontes se coaduna, portanto, com o desafio que decorre do "pluralismo pós-moderno de fontes legislativas" (MARQUES, 2012, p. 27), que consiste em "assegurar a coerência e a efetividade do direito a partir do projeto constitucional e o sistema de valores que impõe." (BENJAMIN, 2012, p. 5-6).

Entre os critérios condutores do diálogo das fontes, Almeida destaca que a Constituição "é o ponto de partida e de chegada", na medida em que "suas regras e princípios devem nortear o diálogo e este deve conduzir à realização concreta dos direitos assegurados na ordem jurídica." (ALMEIDA, 2016, p. 248).

A Autora acrescenta que "além de ter a Constituição e a realização concreta dos direitos fundamentais trabalhistas como norte, deve ter como diretrizes, ainda, os princípios *pro homine*[201] [...] e o da norma mais favorável." (ALMEIDA, 2016, p. 249).

Como já exposto no capítulo 2, tais princípios têm respaldo na própria Constituição[202] e em diversas declarações e tratados de direitos humanos que integram o *jus cogens.*[203]

Antônio Augusto Cançado Trindade explica que:

> [...] a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e, por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno. (CANÇADO TRINDADE apud ALMEIDA, 2016, p. 252).

---

[201]Conforme exposto no capítulo 2, "o princípio *pro homine* significa que toda solução jurídica deve prestigiar a realização concreta dos direitos humanos e fundamentais na condição de direitos relativos à dignidade humana." (ALMEIDA, 2016, p. 252).

[202]O princípio da norma mais favorável ressai do *caput* do art. 7º, da Constituição, que prevê que são assegurados direitos aos trabalhadores "além de outros que visem a melhoria de sua condição social [...]". Também está expresso no art. 29 da *Convenção Americana de Direitos Humanos*. No mesmo sentido: art. 23.

203O *jus cogens* constitui Direito imperativo para os Estados e figura no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma "supralegalidade internacional", composto por todas as normas peremptórias (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal de Direitos do Homem, Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas), inclusive princípios e costumes. (PEREIRA; QUADROS *apud* PIOVESAN, 2013. p. 129).

Antônio Augusto Cançado Trindade ressalta que a utilização conjunta de fontes "convencionais e extraconvencionais" permite a formação e a preservação da "consciência jurídica universal", ou seja, do que constitui "interesse legítimo da comunidade internacional como um todo para impedir e combater as violações das normas fundamentais de proteção da pessoa humana, o que nos situa no domínio do *jus cogens* internacional." (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 157).

Diante de tal compromisso com os aspectos axiológicos que constituem o fundamento do ordenamento jurídico, constata-se que o *caput* do art. 7º da Constituição confere respaldo para a aplicação dessa técnica no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro, inclusive para a identificação acerca da possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado a partir das alterações promovidas na CLT pela Lei n. 13.467/17.

Além disso, tal possibilidade é evidenciada pelo disposto no art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, que prevê que os direitos e garantias expressos na Carta Magna não excluem os decorrentes tratados internacionais em o Brasil seja parte.

Portanto, os operadores do Direito devem se acostumar a trabalhar com todas as normas disponíveis, indo além da aplicação de leis, decretos, portarias, e utilizando efetivamente, a Constituição e as normas internacionais como norma jurídicas. (URIARTE, 2011, p. 134).

Assim, é imprescindível conhecer as fontes normativas internacionais para identificar premissas e critérios factíveis para definir qual deve ser o papel do Direito do Trabalho na contemporaneidade e no futuro, com vistas a buscar a efetividade dos direitos e a traçar o caminho para o progresso socialmente sustentável, para a justiça social, para a democracia e para a adequada compreensão acerca da eficácia das alterações promovidas no texto da CLT pela Lei n. 13.467/17 no que se refere à prevalência do negociado sobre o legislado.

4.7.1 Diálogo das fontes. Bloco de constitucionalidade. Controle de convencionalidade

Na análise das fontes do direito internacional e da sua interação com as normas internas, destacam-se algumas premissas e princípios, que têm importância vital para os ordenamentos, como pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio. (BONAVIDES, 1997, p. 260)

Tendo o Estado, no livre exercício de sua soberania, consentido em aplicar o tratado, contraindo obrigações jurídicas, pelo princípio da boa-fé, que informa as relações no Direito Internacional, expressamente previsto no art. 27 da Convenção de Viena: "Uma parte não

pode invocar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do tratado"[204], não pode deixar de observá-lo.

Portanto, as normas que reconhecem direitos humanos trabalhistas têm caráter vinculante (ALMEIDA e ALMEIDA, 2016a, p. 122), o que também está evidenciado no ordenamento jurídico brasileiro, nos arts. 5º, §2º, 4º, 105, III da CR/88 e no art. 11, V, da Lei nº 10.593/2002.

A estes, como já exposto, somam-se outros princípios: **da vedação ao retrocesso social** (arts. 5º, *caput*, e 6º, da CR/88); **da prevalência da norma mais favorável ao ser humano** (art. 29, *b*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5º, item 2, do PDCIP, art. 5º do PDESC, art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos); e **da interpretação *Pro Homine***, previsto de forma expressa no art. 19, parágrafo 8º da Constituição da OIT, que impõe a necessidade de que a interpretação normativa seja feita sempre em prol da proteção dada aos indivíduos. (ALMEIDA e ALMEIDA, 2016a, p. 122)

Ademais, de acordo com a norma do §1º do art. 5º da Constituição, no Brasil, os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos estarão sujeitos à aplicação automática.[205]

Além de tais aspectos que evidenciam a integração das fontes de direito internacional no ordenamento jurídico brasileiro, como já exposto no item anterior, contemporaneamente, a leitura do Direito tem que ser feita em sua integralidade, através do diálogo das fontes, considerando a interação entre o os planos interno e internacional.

Em defesa da aplicação ao Direito do Trabalho da teoria do diálogo das fontes, método hermenêutico afeito à teoria geral do direito, com eficiente aplicação na seara dos direitos fundamentais, Soares explica que o objetivo é robustecer o regime jurídico de proteção ao trabalhador. assim, o intérprete "deve buscar a maior eficácia e harmonia normativa possível entre diferentes interesses presentes na relação jurídica trabalhista". (SOARES, 2016, p. 28).

A previsão de que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem os decorrentes tratados internacionais em o Brasil seja parte também se verifica em quase todas "as constituições latino-americanas modernas [que] contêm um dispositivo que amplia enormemente o número de direitos humanos", as quais Uriarte (2011, p. 137) identifica como "constituições grávidas", por conterem dentro delas e por fazerem parte delas,

204 BRASIL, DECRETO Nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em 16 mar. 2016.
205 Enquanto aos demais se aplica a sistemática de incorporação legislativa, ou seja, exige-se a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna.

as normas internacionais de direitos humanos. Assim, a aplicação do conteúdo de um tratado é a aplicação da própria Constituição.

Trata-se do que se denomina na América Latina de "**bloco de constitucionalidade**", que designa, em matéria de direitos humanos, a existência de "um conjunto de normas consagratórias de direitos fundamentais, com conteúdo diretamente constitucional, e outras constitucionalizadas, ainda que de origem internacional. (URIARTE, 2011, p. 137).

Nesta perspectiva, considera-se que a dignidade humana e os direitos fundamentais têm uma força expansiva e, assim, sugam, se alimentam e se complementam por essas normas internacionais que compõem uma espécie de eixo axiológico que transcende a própria ordem jurídica interna, formando uma espécie de "bloco de constitucionalidade".

Piovesan considera que com o advento do §3º e em virtude do disposto no §2º, ambos do art. 5º da Constituição, surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: "a) *Materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais",* eis que para a autora, todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais e, assim, têm caráter de cláusula pétrea, que resguardam o núcleo material da Carta Magna. (PIOVESAN, 2013. p. 145).

Além da densificação da ordem jurídica interna, o diálogo com o *jus cogens*, normas internacionais e outras fontes, justifica a teoria do **controle de convencionalidade**, que é meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tratados de direitos humanos, seja por via de exceção (controle difuso ou concreto); seja por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato). (MAZZUOLI, 2011. p. 82).

Como explica Mazzuoli (2011, p. 116), o controle de convencionalidade é "mecanismo para se realizar a compatibilidade vertical do direito doméstico com os tratados de direitos humanos em vigor no país."

A expressão controle de constitucionalidade não seria a mais adequada ao caso, visto que os tratados não fazem parte do texto da Constituição em sentido estrito.

Trata-se da adoção de critério dinâmico de hierarquia das normas jurídicas para solução de antinomias, utilizado em caso de colisão de normas de direito interno, envolvendo leis em sentido estrito, atos administrativos e decisões judiciais, e de direito internacional que versem sobre direitos humanos.

Assim, há uma análise dinâmica e viva pelo Poder Judiciário, quebrando a rigidez no procedimento de composição de soluções e mesclando diferentes estruturas jurídicas, sem que haja uma "estrutura regulatória univocamente construída". (CORDEIRO, 2017, p. 29).

O controle de convencionalidade (ou de supralegalidade) é exercido em relação aos tratados internacionais aos quais o país está vinculado e consiste em "*adaptar* ou *conformar* os atos ou leis internas aos compromissos assumidos pelo Estado, que criam para estes deveres no plano internacional com reflexos práticos no seu direito interno" (MAZZUOLI apud CORDEIRO, 2017, p. 29), permitindo ao intérprete:

> [...] em vez de escolher uma ou outra norma em consonância com os métodos tradicionais de solução de antinomias, aplica o intérprete, simultaneamente, ambas ou mais normas, restaurando a coerência que as ordens internacional e interna reclamam dentro do quadro do pensamento sistemático e da unidade do direito. (MAZZUOLI apud CORDEIRO, 2017, p. 28).

Trata-se de mecanismo de "conformação do Direito Internacional, a partir da combinação ou agregação com o Direito Nacional", o que evidencia a "**permeabilidade do Estado contemporâneo em relação aos diversos padrões regulatórios**" e "estabelecimento de etapas ou níveis de normatividade", sendo que a "visão de uma interação entre o Direito Internacional e o Interno, a partir de soluções dialogadas, quebra o relevante paradigma jurídico da estratificação normativa". (CORDEIRO, 2017, p. 27-28, grifo nosso).

Tendo-se em vista a indivisibilidade dos Direitos Humanos e a impossibilidade de proceder a "uma distinção ou divisão no núcleo normativo internacional" de tais direitos, o controle de convencionalidade não se aplica para admitir a "prevalência apenas dos tratados reguladores de direitos de primeira geração", mas, também, aos tratados de direitos humanos sobre questões trabalhistas e pode contribuir para superar a "ausência de uma estrutura teórica", ser capaz de conferir eficácia aos tratados de Direitos Humanos e viabilizar a "ampliação dos horizontes do nosso Direito". (CORDEIRO, 2017, p. 30).

Nesse contexto, os tratados de Direitos Humanos que versam sobre direitos laborais, inclusive os decorrentes da OIT, são normas supralegais, sendo que se forem ratificados com o procedimento previsto no art. 5º, §3º da CR/88, terão natureza de normas constitucionais, como as do art. 7º da Carta Magna.

Diante disso, "todo o arcabouço infraconstitucional [...] deve observar as diretrizes fixadas no plano internacional", pois passa a haver uma "natural ascendência "das normas internacionais sobre as internas em matéria trabalhista. Soma-se, de forma importante a este aspecto, "regra básica e fundamental dos regramentos de proteção": a primazia da norma mais favorável, ainda que de "nível hierárquico inferior", o que evidencia a flexibilidade do exame da hierarquia entre as normas e a superação dos métodos tradicionais de superação de antinomias, com possibilidade de deixar de deixar de "distanciar do âmbito de incidência

nacional as grandes conquistas de proteção hauridas no plano internacional". (CORDEIRO, 2017, p. 31-32).

Na Declaração de Filadélfia[206] são enunciados os fins e objetivos da OIT e destacadas premissas relacionadas à efetivação da dignidade humana como princípios fundamentais, os quais pautam a atuação da OIT, sendo expressamente ressaltado que o "o trabalho não é uma mercadoria".

Na declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho consta que "o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza", o que enseja a adoção de "estratégia global de desenvolvimento econômico e social" e de "políticas econômicas e sociais [...] com vistas à criação de um desenvolvimento sustentável de ampla base".[207]

Não há dúvidas, portanto, de que a efetiva materialização dos direitos humanos dos trabalhadores, ou seja, dos direitos trabalhistas, é o caminho para a realização do conteúdo das principais normas de direitos humanos tanto plano internacional quanto no interno, favorecendo o desenvolvimento socialmente sustentável.

Necessário analisar, portanto, se os preceitos alterados pela Lei n. 13.467/17 quanto à prevalência do negociado sobre o legislado se coadunam com as normas internacionais e se, submetidas ao controle de convencionalidade, devem prevalecer.

4.8 Dos planos de análise dos atos jurídicos

A Lei n. 13.467/17 alterou vários dispositivos celetistas na perspectiva da prevalência do negociado sobre o legislado para que, de modo geral, as disposições contratuais prevaleçam sobre as normas jurídicas, bem como para que os normas jurídicas decorrentes de convênios coletivos - acordos e convenções coletivas de trabalho prevaleçam sobre outras fontes normativas.

Como pontuam Pires e Barbosa "ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado, o art. 611-A buscou banir o princípio da proteção da principiologia do direito material [...] certo que tal princípio prestigia o mínimo legislado e não a sua desconsideração por força da negociação coletiva." (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 25)

Além dos métodos e critérios já abordados nos itens anteriores que devem ser utilizados para analisar a eficácia dos dispositivos celetistas alterados pela Lei n. 13.467/17

206 Após a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, com o Tratado de Versailles, esta, em Conferência Geral, reunida em Filadélfia, em sua vigésima sexta sessão, adotou, em 10 de maio de 1944, a Declaração, que passou a ser chamada de Declaração de Filadélfia ou Anexo a Constituição da OIT.
207 OIT. Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho. 1998.

que versam sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, também cabe tal apreciação a partir dos defeitos invalidantes dos negócios jurídicos e das normas jurídicas.

O jurista alemão Zachariae von Lingenthal propôs a diferenciação do fenômeno jurídico em três planos: existência, validade e eficácia (MARTINS, 2016), tendo sido aprofundada a teoria por Pontes de Miranda[208], que reconheceu a aplicação desses tanto aos fatos jurídicos quanto à normas jurídicas.

Mello também ressalta que "não apenas os negócios jurídicos [...] podem ser válidos ou inválidos, mas também os atos jurídicos *stricto sensu* e aqueles outros, especiais, como os atos normativos." (MELLO, 2008, p. 4).

No mesmo sentido, Barroso pontua que as normas jurídicas se inserem na categoria dos atos jurídicos como "atos emanados dos órgãos constitucionalmente autorizados, tendo por fim criar ou modificar as situações nela contempladas" e "comportam análise em três planos distintos e inconfundíveis: o da sua *existência*, o de sua *validade*, e o de sua *eficácia*", com valia "inestimável em tema de inconstitucionalidade." (BARROSO, 2008, p. 12).

4.8.1 Teoria do fato jurídico: o mundo jurídico

As relações na sociedade exigem ordem e previsibilidade e quando importam para o direito, são juridicizados, ou seja, passam a figurar no suporte fático de determinada regra jurídica (ou no suporte fático de mais de uma regra jurídica).

A regra jurídica é o direito objetivo; é fato do mundo político; é norma com que o homem, para distribuir os bens da vida, subordina os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade.

O suporte fático, por sua vez, é o que a norma prevê e sobre o que ela incide.

O mundo é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar.

Ocorrendo o fato da natureza ou ato humano que está no cerne do suporte fático209, tem-se um fato jurídico e incide a regra jurídica.

---

[208]Tratado de direito privado, Tomo IV, parágrafo 359.1

[209] Para que se dê a incidência da regra jurídica, é preciso que todo o *suporte fático* necessário exista.
Os elementos que o direito escolhe como suficientes, sós ou em complexo, dentre os fatos do mundo, podem ser fatos físicos ou biológicos, ou fatos psíquicos.
Na regra jurídica existem elementos essenciais e elementos não essenciais. O suporte fático é apenas a soma do que é essencial.
Se a regra jurídica A considera necessários *a, a'* e a" para que o fato seja jurídico, mas prevê que seja nulo, ou anulável, ou rescindível, se falta *a", a"',* ou se ocorre *a""*, esses elementos são suporte fático de outras regras jurídicas.
Em relação ao que a regra jurídica reputa necessário e *suficiente* para se compor o fato jurídico (entrar no mundo jurídico), o suporte fático é excessivo, ou não-excessivo, ou é insuficiente, ou suficiente.

Portanto, os fatos jurídicos são os que estão no mundo jurídico; são todos os acontecimentos que, de forma direta ou indireta, ocasionam efeito jurídico, ou seja, eficácia jurídica.

Da incidência do direito objetivo, ou seja, das regras jurídicas, que resultam os fatos jurídicos, o mundo jurídico, os direitos subjetivos.

A incidência das regras jurídicas não falha; não fica ao arbítrio de quem quer que seja. O que falha é o atendimento a ela.210

A incidência da regra jurídica pode ter como consequências, por exemplo, o surgimento, a alteração (modificação), ou a extinção de relações jurídicas; direitos subjetivos; deveres jurídicos; pretensões, obrigações e ações.

Da incidência da norma jurídica é que decorre a produção de efeitos jurídicos quando o **ato é perfeito**.

Quando o suporte fático é perfeito, ou seja, quando seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, tem-se a perfeição do ato jurídico e diz-se válido, o que "significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico". (MELLO, 2008, p. 4).

Porém, se fato da natureza ou ato humano é insuficiente para configurar o suporte fático o ato é inexistente e não produz efeitos, sendo que não precisa sequer ser desconstituído.

Pode acontecer também, de não serem produzidos os efeitos desejados por ser o ato ilícito ou ato lícito, mas deficiente o suporte fático, sendo nessa última hipótese identificado como ato não perfeito.

O ato não perfeito se caracteriza quando algum de seus elementos nucleares é deficiente ou falta algum elemento complementar.

O ato não perfeito é tido pelo sistema jurídico como ilícito, que lhe impõe como sanção a invalidade. Trata-se, portanto, de ato inválido, que pode ser classificado como nulo ou anulável, conforme o defeito existente, o que estabelecido a partir de atividade axiológica e valorativa. (MELLO, 2008, p. 5-7).

Como esclarece Mello (2008, p. 6), "a recusa de validade a um ato jurídico consubstancia uma forma de punição [...] à conduta que infringe as normas jurídicas, com a

---

[210] Para Ex. relação de emprego – se presentes na relação entre os sujeitos os requisitos da lei, terá sido concretizado o suporte fático de incidência. Desse fato jurídico decorrem os efeitos previstos na mesma lei (direitos e prerrogativas), ainda que não seja atendida (registrado o contrato na CTPS etc.). Tanto é que a sentença é declaratória.

qual se busca impedir que aqueles que a praticaram possam obter resultados jurídicos e práticos vantajosos."

Assim, "a imputação de invalidade a um ato jurídico constitui, como observa Bobbio, uma forma de assegurar a integridade do ordenamento jurídico." (MELLO, 2008, p. 7).

4.8.2 Dos fatos jurídicos. Dos negócios jurídicos

O fato jurídico é evento concretizador da hipótese contida na norma e consiste em todo acontecimento natural ou humano que, de forma direta ou indireta, ocasiona efeito jurídico.

Somente fatos jurídicos criam, modificam ou extinguem relações jurídicas, cujo conteúdo é composto de direitos e deveres, pretensos e obrigações, ações e situações de acionado, exceções e situações de exceptuado.

Deve-se a Pontes de Miranda a melhor conceituação do fato jurídico:

> [...] o fato jurídico é o que fica do suporte fáctico suficiente, quando a regra jurídica incide e porque incide. ... no suporte fáctico se contém, por vezes, fato jurídico, ou ainda se contêm fatos jurídicos. Fato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimane, eficácia jurídica. (MIRANDA, 1974, p.15)

Dentre os fatos jurídicos, a primeira categoria que se identifica é a dos **fatos naturais ou fatos jurídicos em sentido estrito**, que são simples fatos da natureza ou do animal, que prescindem, portanto, para existir, de ato humano. A interferência humana é inexistente ou, se existente, não altera, não evita o fato.

Outra categoria é a dos **fatos humanos ou atos jurídicos em sentido amplo**, que são os acontecimentos que decorrem da atividade humana; que somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana, que criam, modificam, transferem ou extinguem direitos.

Os fatos humanos podem ser **atos-fatos jurídicos (lícitos ou ilícitos)**, nos quais embora a conduta humana lhe seja essencial à existência, o direito considera irrelevante a circunstância de ter ou não havido vontade em praticá-la, dando mais realce ao resultado fático que dela decorre do que a ela própria.

Os fatos humanos também podem ser **atos jurídicos lato sensu**, nos quais a vontade em praticar o ato não somente é relevante, como constitui o próprio cerne do fato jurídico. São os atos jurídicos lato sensu, que se subdividem em **atos não negociais (atos jurídicos stricto sensu ou meramente lícitos)** e **negócios jurídicos**.

No ato não negocial, o efeito da manifestação da vontade está predeterminado na lei, não havendo, por isso, qualquer dose de escolha da categoria jurídica.[211] A vontade manifestada pelas pessoas apenas se limita à função de compor o suporte fático de certa categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem efeitos previamente estabelecidos pelas normas jurídicas respectivas, razão pela qual são invariáveis e inexcluíveis pelo querer dos interessados (são efeitos necessários, ex lege).

O **negócio jurídico** é declaração de vontade, emitida com o propósito direto de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico, um fim prático permitido na lei, dentre a multiplicidade de efeitos possíveis.

O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas.

O elemento nuclear desse fato jurídico é a manifestação ou declaração consciente de vontade, ou seja, vontade qualificada, sem vícios.

No negócio jurídico há uma composição de interesses, um regramento geralmente bilateral de condutas[212], como ocorre na celebração de contratos. A manifestação de vontade tem finalidade negocial, que em geral é criar, adquirir, transferir, modificar, extinguir direitos etc.

A relação de emprego origina o contrato individual de trabalho, que "apresenta natureza de negócio jurídico, de intuito negocial, em que a declaração bilateral de vontade (consentimento) é manifestada com o fim de produzir efeitos jurídicos próprios." (GARCIA, 2010, p. 58).

Outra categoria é a dos **fatos humanos ilícitos ou atos ilícitos** (contrários ao direito), que por serem praticados em desacordo com o prescrito no ordenamento, repercutem na esfera do direito, mas produzem efeitos jurídicos involuntários impostos pelo ordenamento. Em vez de direitos, criam deveres: a obrigação de reparar o dano, conforme prescreve o art. 927, do Código Civil.

---

[211] Exs.: notificação, que constitui em mora o devedor; reconhecimento de filho; tradição; percepção dos frutos; ocupação; uso de uma coisa etc.

[212] Mas há alguns negócios jurídicos unilaterais, em que ocorre o seu aperfeiçoamento com uma única manifestação de vontade. O agente procura obter determinados efeitos, isto é, criar situações jurídicas, com a sua manifestação de vontade.
Além disso, nem todos os negócios jurídicos exigem que no seu suporte fático haja declaração de vontade (a manifestação nem sempre é declarada).
Há negócios jurídicos que não são contratos; nem, sequer, se constituíram pela incidência de regra jurídica em declaração de vontade, e sim apenas em exteriorizações de vontade sem "declaração".

Do ponto de vista do Direito, não existe diferença ontológica entre o ilícito e o lícito, uma vez que ambos são jurídicos porque, e somente porque, recebem a incidência juridicizante de uma norma jurídica.

A diferença que existe entre eles é, em essência, axiológica.[213]

A regra jurídica incide sobre ambos. No caso dos atos lícitos, a eficácia é ativa e, no caso dos ilícitos, a eficácia é reativa.

4.8.2.1 Os planos do mundo jurídico e seus elementos

Pontes de Miranda (Tomo IV, parágrafo 359.1) propõe considerar o mundo jurídico dividido em três planos, o da existência, o da validade e o da eficácia, nos quais se desenvolveria a vida dos fatos jurídicos em todos os seus aspectos e mutações.

O **plano de existência** é circunscrito a saber se o suporte fático da norma juridicizante se compôs, dando ensejo à incidência.

Não se há discutir, assim, se é nulo ou ineficaz, nem se precisa ser desconstituído judicialmente, porque a inexistência é o não ser que, portanto, não pode ser qualificado.

Os elementos para a existência do negócio jurídico são: **vontade manifestada ou exteriorizada (**expressa ou tácita); participação de **agente** – sujeito emissor da vontade (pessoa natural ou jurídica); **objeto** - coisa ou prestação, que consiste no fim ideal visado – efeito que se pretende produzir; utilidade física ou ideal em razão do qual giram os interesses das partes; e **forma** – meio de se externar a vontade, fazendo-a chegar ao mundo exterior (escrita, oral, silêncio, sinais etc.)

A questão da existência e da inexistência está, portanto, ligada à da insuficiência, e não à da deficiência do suporte fático.

A existência do fato jurídico constitui premissa de que decorrem todas as demais situações que podem acontecer no mundo jurídico.

O **plano de validade** é onde o direito faz a triagem entre o que é **perfeito** (que não tem qualquer vício invalidante) e o que é **não perfeito** (está eivado de defeito invalidante).[214]

---

[213]Um fato que hoje seja considerado (valorado) lícito pode, amanhã, por modificação da norma jurídica, passar a ser considerado ilícito.

[214] Os fatos da natureza (sem participação humana) e os atos-fatos jurídicos (em que a conduta humana faz parte do suporte fático, mas a vontade é irrelevante, porque são tidos como acontecimentos, avolitivos) não estão sujeitos a transitar pelo plano da validade.

Não podem ser nulos ou anuláveis.

Justamente porque a vontade não é elemento do suporte fático deles, não há como pretender possam ser inválidos.

Em relação aos ILÍCITOS, seria um contra-senso a aplicação da nulidade, uma vez que resultaria benefício àquele que o praticou.

Os atos jurídicos não perfeitos são inválidos e conforme o grau de invalidade, ou seja, conforme a deficiência de elementos complementares do suporte fático relacionados ao sujeito, ao objeto ou à forma do ato jurídico, tem-se a nulidade ou a anulabilidade.

Os elementos para a validade do ato jurídico são: **manifestação de vontade livre e de boa-fé**; por **agente capaz e legitimado para o negócio**; que deve se estabelecer em torno de **objeto lícito, possível e determinado (ou determinável)**; observando-se a **forma adequada (livre ou legalmente prescrita)**.

O primeiro aspecto para a validade do ato jurídico é que a autonomia da vontade deve respeitar os condicionamentos da lei, da moral (limitação de ordem subjetiva; carga ético-valorativa) e da ordem pública (normas imperativas e que visam resguardar a segurança jurídica).

A boa-fé subjetiva não basta para se reconhecer a plena validade da manifestação volitiva, pois, além de um estado de ânimo positivo, as partes devem se comportar segundo um padrão ético objetivo de confiança recíproca, atuando segundo o que se espera década um (boa-fé objetiva).

Quando a vontade não é expressada de maneira absolutamente livre e de boa-fé, caracteriza-se a existência de vício de consentimento, que pode se expressar nas seguintes modalidades: erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo, tornando o ato jurídico, via de regra, **anulável**.[215]

O **erro** se verifica quando o agente age por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias. Será considerado causa de anulabilidade do negócio jurídico se for essencial (substancial) e escusável (perdoável) dentro do que se espera do homem médio que atue com grau normal de diligência (art. 139, do Código Civil).

O **dolo** consiste no erro provocado pela outra parte ou por terceiro[216] e não pelo próprio sujeito enganado e corresponde a todo artifício malicioso empregado por essas pessoas com o propósito de prejudicar outrem, quando da celebração do negócio jurídico.[217]

Apesar disso, o ato nulo é um ato que, normalmente, seria válido, mas que, em razão de deficiência em elemento de seu suporte fático, torna-se ilícito (ilícito invalidante).

[215] O art. 144, do Código Civil dispõe sobre a possibilidade de convalescimento do ato, consagrando o princípio da conservação, que é a regra para resguardar a eficácia jurídica.

[216] O dolo de terceiro também pode ser causa de anulabilidade do negócio jurídico, conforme prevê o art. 148, do Código Civil.

Não apenas quando a parte a quem aproveite efetivamente soube do expediente astucioso, mas também se dele devesse ter conhecimento (espécie de dolo eventual da parte a quem aproveita o ardil).

Se a parte beneficiada não sabia nem tinha como saber, pelas circunstâncias do fato, subsiste o negócio. Contudo, o terceiro responde civilmente perante a parte ludibriada.

[217] O dolo deve ser provado por quem o alega. Contudo, para sua caracterização, dispensa-se a prova de efetivo prejuízo.

A **coação** traduz violência psicológica apta a influenciar a vítima a realizar negócio jurídico que a sua vontade interna não deseja efetuar.[218]

A coação moral incute na vítima o temor constante e capaz de perturbar seu espírito, fazendo com que ela manifeste seu consentimento de maneira viciada. A vontade do coagido não está completamente neutralizada (como na coação física), mas sim embaraçada, turbada, viciada.

A **lesão** consiste em deformações da declaração por fatores pessoais do contratante e se caracteriza quando há prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, que deve ser considerável e se verificar no momento que for feito o contrato.[219]

Além da desproporção, que constitui requisito objetivo, também deve ser constatada a existência de elemento subjetivo para a caracterização da lesão: a premente necessidade; a inexperiência (falta de habilidade para os negócios, sem significar falta de instrução ou de cultura geral) ou a leviandade da parte lesada (atuação temerária, impensada, inconseqüente – ausência de reflexão em torno das conseqüências advindas da avença).

A técnica da lesão é a presunção de que a parte adversa abusa desses estados psicológicos, violando o princípio da boa-fé objetiva (o que mitiga o fundamento de que o direito não deve tutelar os negligentes).

O **estado de perigo** é configurado quando o agente, diante de situação de perigo conhecido pela outra parte, emite declaração de vontade para salvaguardar direito seu ou de pessoa próxima, assumindo obrigação excessivamente onerosa[220], como tipificado no art. 156, do Código Civil.

Trata-se de espécie de inexigibilidade de conduta diversa – guarda relação com o estado de necessidade que é causa de exclusão da ilicitude no Direito Penal.

Ademais, para que seja considerada hígida a manifestação da vontade, não podem existir **vícios sociais**: simulação (causa de nulidade do ato jurídico[221]) e fraude contra credores.

Em caso de dolo de ambas as partes, situação prevista no art. 150, do Código Civil, pelo princípio que veda a alegação da própria torpeza em juízo, a lei proíbe que se possa anular o negócio ou pleitear indenização.

[218] Em caso de coação exercida por terceiro, o tratamento será similar ao do dolo – art.154, CC.

[219] Não se confunde, pois, com a aplicação da teoria da imprevisão, que é aplicável quando a ocorrência de acontecimentos novos, imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou na execução do contrato, autorizarem a sua resolução ou revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes.

[220]O **estado de perigo** se diferencia da lesão porque naquele, o beneficiário tem que conhecer a desproporção entre as prestações. Tampouco se confunde com coação moral, pois não é o beneficiário que emprega violência psicológica ou ameaça, apesar de ter conhecimento do perigo.

[221]Embora nulo, o negócio jurídico simulado produz efeitos em relação a terceiros de boa-fé em face dos figurantes do negócio, conforme art. 167, parágrafo 2º, do Código Civil. (MELLO, 2008, p. 129)

Na simulação, quer-se o que não aparece e não se quer o que aparece. (MELLO, 2008, p. 128).

Como explica Mello, "constitui fraude contra credores todo o ato de disposição e oneração de bens, créditos e direitos, a título gratuito ou oneroso, praticado por devedor insolvente, que acarrete redução de seu patrimônio, em prejuízo de credor preexistente." (MELLO, 2008, p. 205).

Na fraude à lei, tem-se infração da lei cogente e quer-se, sinceramente, o que aparece, porque o resultado é aquele que a lei fraudada tenta impedir, ou porque se afasta o resultado que a lei fraudada determina que se produza. No ato só aparente, não se quer o que aparece, nem o resultado dele, nem outro resultado.

Além da manifestação hígida da vontade, o **agente** (ou agentes) deve ter capacidade de fato, ou seja, de exercício dos atos da vida civil e de administração de seus bens, sem que haja impedimento para a prática do ato (legitimidade).

O **objeto** do negócio jurídico não pode ser proibido pelo direito nem pela moral e os bons costumes.

Ademais, deve ser fisicamente possível e realizável, além de determinado ou determinável, o que significa que deve conter elementos mínimos de individualização que permitam caracterizá-lo.

Por fim, o **meio de exteriorização da vontade** deve ser adequado.

Em que pese ser reconhecido o princípio da liberdade da forma, decorrente da previsão do art. 107, Código Civil, segundo o qual "A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.", se houver forma prescrita para a prática do ato, esta deve ser observada, sob pena de invalidade.

O **plano de eficácia** é onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, criando as situações jurídicas, as relações jurídicas, com todo o seu conteúdo eficacial representado pelos direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções, ou os extinguindo.

O plano da eficácia, como o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade.

Além dos elementos essenciais, que constituem requisitos de existência e de validade do negócio jurídico[222], pode este conter outros elementos meramente acidentais, introduzidos facultativamente pela vontade das partes: A) Condição; B) Termo; C) Encargo ou modo.

[222] Quanto aos fatos jurídicos stricto sensu, atos-fatos jurídicos e atos ilícitos, salvo lex specialis, basta que existam.

Porém, uma vez convencionados, passam a integrá-lo, de forma indissociável.

Os negócios jurídicos **válidos**, em regra, têm entrada imediata no plano da eficácia.

Os negócios jurídicos **anuláveis** entram, de logo, no plano da eficácia e irradiam seus efeitos, mas interimisticamente, pois poderão ser desconstituídos caso sobrevenha a decretação da sua anulabilidade.

Os efeitos dos atos anuláveis, no entanto, podem tornar-se definitivos pela sanação da anulabilidade, inclusive pela decadência da pretensão anulatória.

Já os atos nulos, via de regra, não produzem sua plena eficácia.

No entanto, há casos, embora poucos, em que o ato jurídico nulo produz, plena e definitivamente, efeitos jurídicos que lhes são atribuídos, donde a necessidade de se distinguir o nulo do ineficaz.

Mesmo os atos inválidos, têm eficácia mínima.

Pode ocorrer que o ato jurídico seja nulo sem eficácia, ou apenas ineficaz (stricto sensu), mas apesar disso, dele sejam irradiados efeitos, não os próprios do ato jurídico, porém outros, em virtude de dado invalidade ou ineficacizante.

É o caso, por exemplo, de alguém que efetua a venda de um mesmo imóvel duas vezes a pessoas diferentes. Um dos acordos de transmissão não poderá ter sua eficácia própria de permitir a transcrição da propriedade; todavia, ao comprador lesado caberá o direito à indenização.

A constatação de espécies tais tem induzido a conclusões que afirmam não haver ato jurídico totalmente ineficaz; o ato jurídico não produziria seus efeitos específicos, próprios, entretanto irradiaria outros, indiretamente.

É verdade, mas não se pode confundir com a fonte irradiadora da eficácia jurídica do nulo.

Em verdade, o dever de indenizar, como referido no exemplo, não é eficácia própria do contrato de compra-e-venda, mas, sim, do ato ilícito de vender o que já fora vendido a outrem.

Esse ato ilícito, entretanto, somente existe em razão da situação jurídica nascida da compra-e-venda, donde ser ele um ilícito relativo, e não absoluto.

Essas espécies de fato jurídico do plano da existência ingressam, diretamente, no plano da eficácia. Não estão, nem podem estar sujeitos a termos, condições ou quaisquer outras determinações que atuem na sua eficácia.

O contrato não produzirá sua eficácia própria e plena, mas entrará no plano da eficácia para produzir sua eficácia mínima: a situação jurídica básica, a partir da qual será erigida toda a eficácia possível do negócio jurídico.

Acrescente-se a tudo isso a possibilidade de conversão do negócio jurídico, com a qual se obtém a eficacização do negócio jurídico nulo.

4.8.2.2 Aplicação da teoria dos três planos às normas jurídicas

Malgrado existirem posicionamentos em sentido contrário, tal como os negócios jurídicos, as normas jurídicas podem ser submetidas à teoria dos três planos, como reconheceu Pontes de Miranda (Tomo IV, parágrafo359.1).

Assim, as normas jurídicas podem ser existentes ou inexistentes. Sendo existentes, podem ser válidas ou inválidas - inconstitucionais, o que decorre da contrariedade da norma com as normas superiores. Tanto as normas válidas como as inválidas podem ser eficazes e ineficazes.

Há grande quantidade de leis existentes e inválidas, mas que ainda não tiveram essa condição reconhecida pelo órgão competente.

Sobre o primeiro plano de análise, Barroso explica que verifica-se a existência de um ato "quando nele estão presentes os elementos constitutivos definidos pela lei como causa eficiente de sua incidência", sendo considerados "*comuns*, porque indispensáveis a qualquer ato jurídico": agente (público), objeto e forma (que o ato seja exteriorizado), podendo ser definidos outros, "*específicos* de determinada categoria de atos." (BARROSO, 2008, p. 12)

Martins (2016) pontua que "a edição de uma norma jurídica é um ato de comunicação" e ressalta seis elementos fundamentais da situação comunicativa identificada pelo linguista Roman Jakobson: "*o remetente, o destinatário, a mensagem, o contexto, o código e o contato."* (MARTINS, 2016).

A partir de tal concepção e da teoria dos atos administrativos de Celso Antônio Bandeira de Mello, Martins expõe sua teoria da existência normativa, segundo a qual os elementos necessários para que uma norma exista são: "habilitação do editor"; existência (material e não jurídica) do objeto da norma; "mínimo de eficácia social"[223]; e conteúdo da norma. (MARTINS, 2016).

Assim, para que exista, a norma deve ser editada por alguém que esteja habilitado a fazê-lo, em torno de objeto (pessoa ou a coisa sobre a qual recai a prescrição) materialmente existente no mundo fenomênico.

[223] Pressuposto afirmado por Kelsen na Teoria Pura do Direito.

Além disso, “para que uma norma exista ela deve ser minimamente reconhecida como norma pela comunidade. Se inexistir esse mínimo de eficácia social, no sentido de mínimo de cognoscibilidade de seu caráter normativo pela comunidade, a norma não existe juridicamente.” (MARTINS, 2016).

Por fim, o conteúdo ou prestação não pode importar numa “intolerável injustiça”, na linha do que já afirmava Gustav Radbruch: “a injustiça intolerável não é direito”. (RADBRUCH apud MARTINS, 2016).

Como pontua Martins, a “injustiça da norma não importa em sua inexistência, mas em sua invalidade. Norma injusta existe, mas é inválida. A injustiça intolerável, porém, atinge o caráter deôntico da norma, tornando-a inexistente. Saber o que é uma 'intolerável injustiça' é uma questão problemática [...]. (MARTINS, 2016).

Em caso de “ausência, deficiência ou insuficiência dos elementos que constituem pressupostos materiais de incidência da norma” o ato será inexistente, pois tais aspectos impedem o ingresso do ato no mundo jurídico. (BARROSO, 2008, p. 13).

A norma inexistente pode até ter aparência de existente. Não existe enquanto norma, mas pode ter existência como ato jurídico diverso, ou seja, um evento descrito no suporte fático de várias normas do sistema.

Como sustenta Martins, “o sistema normativo imputa uma série de efeitos ao fato jurídico da aparência de norma jurídica”, que consistem no dever de reparar os danos decorrentes desse fato, se caracterizados os requisitos para a responsabilização civil; e “de punir o agente responsável pela ocorrência desse fato, caso presentes os pressupostos da responsabilização disciplinar”. (MARTINS, 2016).

Além disso, a inexistência normativa também enseja “o direito de resistência ativa à eventual pretensão de executar os efeitos previstos no consequente da norma aparentemente existente”, bem como o “direito de obter do órgão estatal competente a declaração de inexistência da norma aparentemente existente.” (MARTINS, 2016).

Existente a norma, caso é de verificar sua validade.

Em caso de ausência de algum requisito de validade, dependendo da gravidade da violação, o ordenamento jurídico comina como sanção a nulidade ou a anulabilidade. (BARROSO, 2008, p. 13).

Barroso (2008, p. 13) explica que “validade, no sentido aqui empregado, não se confunde com validade técnico-formal, que designa a vigência de uma norma, isto é, sua existência jurídica e aplicabilidade.”

Para que o ato existente seja válido, além de preencher de maneira suficiente os elementos supramencionados, deverá atender os requisitos: competência; forma adequada; e licitude-possibilidade. (BARROSO, 2008, p. 13).

Além desses, Martins (2016) aponta outros pressupostos de regularidade que, se atendidos, fazem com que a norma existente seja válida:

1) que a norma seja editada pelo sujeito "competente" e "legitimado" para tanto (pressuposto subjetivo);

2) deve haver **"motivo"** para a edição da norma, ou seja, devem estar presentes circunstâncias fáticas que autorizam ou exigem a edição da norma; e devem ser observados os **"requisitos procedimentais"**, isto é, editados os atos necessários para que ela seja introduzida no sistema jurídico, haja vista que "a norma é o ato conclusivo de um procedimento (legislativo, administrativo ou jurisdicional) e, pois, de uma série de atos vinculados ao ato final." (pressuposto objetivo);

3) "a norma deve cumprir a 'finalidade' que a preside, ou seja, deve concretizar o princípio (valor jurídico) mais pesado no caso concreto" (pressuposto teleológico);

4) a norma deve ter o conteúdo específico exigido pelo Direito, que seja meio de concretização do princípio (valor jurídico) mais pesado (pressuposto material);

5) deve haver "pertinência lógica entre o conteúdo da norma e seu motivo, tendo em vista a finalidade" (pressuposto lógico);

6) a norma deve ter a forma específica exigida pelo Direito (pressuposto formalístico).

Martins explica que a presença desses pressupostos de regularidade é condição suficiente para a validade da norma, mas não é uma condição necessária, pois "[...] em certas hipóteses, o Direito despreza a falta ou deficiência de um desses pressupostos e considera válida a norma. Daí a diferença entre norma "irregular" e norma "inválida". (MARTINS, 2016).

Assim, a norma existente que não atende os requisitos de regularidade é irregular e, geralmente, inválida, mas, excepcionalmente, pode ser desprezada a deficiência ou ausência de algum elemento e ser tratada como válida a norma irregular.

A invalidade da norma se verifica em caso de deficiência, ou seja, de inobservância dos requisitos de validade desse ato jurídico, gerando efeitos semelhantes aos que decorrem da inexistência da norma.

No entanto, enquanto efeito exclusivo da invalidade, tem-se o "dever, imposto ao órgão competente, de corrigir o vício", ou seja, "a invalidade exige, ao menos no momento subsequente à edição da norma, que o vício seja corrigido." (MARTINS, 2016).

Por fim, tem-se o plano da eficácia, que se refere à aptidão da norma para incidir e, pois, gerar os efeitos previstos em seu consequente.

Norma inexistente não pode ser eficaz.

Por outro lado, norma inválida pode ser eficaz ou ineficaz.

Na relação entre o plano de validade e de eficácia, pode ser que a norma esteja de acordo com as normas superiores - atenda os pressupostos de regularidade e seja válida e eficaz; ou que a norma esteja em desacordo com aquelas — não possui os pressupostos ou os possui com deficiência — e é inválida.

Nesta segunda hipótese, o órgão competente, no exercício do controle, declara a invalidade e, ao fazê-lo, deve verificar se a norma deve ser mantida ou retirada do mundo jurídico. Se tal torna tiver gerado efeitos, o órgão de controle deve verificar se deve manter ou desconstituir os efeitos por ela gerados. (MARTINS, 2016)

Diante disso, Martins ressalta a valia da teoria dos três planos para que se opere a modulação de efeitos no controle de constitucionalidade:

> [...] a lei inconstitucional é inválida, mas existe. Se eficaz, ela gera efeitos. Se gerou efeitos, estes existem. A declaração de inconstitucionalidade, no controle concentrado, declara a invalidade da norma, mas desconstitui a norma, retirando-a do mundo jurídico, e pode ou não desconstituir os efeitos, retirando-os ou não do mundo jurídico. Daí a modulação dos efeitos: podem-se manter os efeitos, todos, até determinada data entre a edição da norma e o julgamento (*ex tunc* e não *ab initio*), até o julgamento (*ex nunc*) ou até uma data posterior ao julgamento (*pro futuro*). (MARTINS, 2016).

4.8.2.2.1 Da inconstitucionalidade

Como já ressaltado nos tópicos anteriores, a Constituição é “lei superior, vinculante até mesmo para o legislador”, sendo que sua supremacia “se irradia sobre todas as pessoas, públicas ou privadas, submetidas à ordem jurídica nela fundada, a partir do que foi desenvolvida a teoria da inconstitucionalidade.” (BARROSO, 2008, p. 11).

A Constituição tem função diretiva eminente; é “um espelho da publicidade e da realidade [...] Ela não é, porém, apenas espelho. Ela é [...] a própria fonte de luz.” (HÄBERLE, 1997, p. 34)

Assim, “nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. [...] Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito”, pois a Constituição é a lei suprema e “admitir a aplicação de uma lei com ela incompatível é violar sua supremacia.” (BARROSO, 2008, p. 15-16)

Portanto, norma inconstitucional não é norma válida, "por desconformidade com regramento superior, por desatender os requisitos impostos pela norma maior" e, consequentemente, não deve ser aplicada. (BARROSO, 2008, p. 13-14)

Além disso, a Constituição, "como norma fundamental do sistema jurídico, regula o modo de produção das leis e demais atos normativos e impõe balizamentos a seu conteúdo." Assim, "a contrariedade a esses mandamentos deflagra os mecanismos de controle de constitucionalidade.". (BARROSO, 2008, p. 11).

Barroso (2008, p. 3-7) enaltece a decisão proferida pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison,* por ter inaugurado o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, negando aplicação a leis que, de acordo com sua interpretação, eram inconstitucionais.

Ficava assentado o "princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham." (BARROSO, 2008, p. 10).

No entanto, nem toda desconformidade com a Constituição caracteriza inconstitucionalidade.

Como explica Miranda:

> Não é inconstitucionalidade qualquer desconformidade com a Constituição, visto que também os particulares, ao agirem na sua vida quotidiana, podem contradizer ou infringir a Constituição ou os valores nela inseridos. Não é inconstitucionalidade a violação de direitos, liberdades e garantias por entidades privadas, a eles também vinculadas, e nem sequer a ofensa de normas constitucionais por cidadãos em relações jurídico-públicas. Estas violações podem ser relevantes no plano do direito constitucional; o seu regime é, no entanto, naturalmente diverso dos regimes específicos, a que estão sujeitas as leis e outros atos do Estado." (MIRANDA apud BARROSO, 2008, p. 11).

No mesmo sentido, Barroso explica que a teoria da inconstitucionalidade foi desenvolvida "levando em conta, destacadamente, os atos emanados dos órgãos de poder e, portanto, públicos por natureza. As condutas privadas violadoras da Constituição são igualmente sancionadas, mas por via de instrumentos diversos". (BARROSO, 2008, p. 11)

A inconstitucionalidade pode ser aferida com base em diferentes critérios ou categorias, dentre os quais se destaca, para fins de análise da Lei n. 13.467/17, o baseado no modo de produção das leis e espécies normativas primárias[224], que se refere à inconstitucionalidade formal e material.

[224]Conforme elenco do art. 59 da Constituição: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (BARROSO, 2008, p. 26)

Quanto ao modo de produção das leis e espécies normativas, Barroso (2008, p. 26-27) explica que verifica-se a inconstitucionalidade formal orgânica quando inobservada a regra de competência para a edição do ato.

Quando a inobservância se dá quanto ao processo legislativo próprio - que engloba iniciativa, deliberação, votação, sanção ou veto, promulgação e publicação, verifica-se a inconstitucionalidade formal propriamente dita.

Já a inconstitucionalidade material "expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição[225]. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional [...] ou com um princípio constitucional." (BARROSO, 2008, p. 29).

Bandeira de Mello explica:

> Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais. (BANDEIRA DE MELLO, 1991, p. 230).

Acerca do controle de constitucionalidade, pode-se distinguir, quanto à natureza, entre o controle político e o judicial e quanto ao momento do controle, entre o preventivo (prévio) e o repressivo (realizado quando a lei já está em vigor).

No Brasil, "o controle de constitucionalidade é eminentemente de natureza judicial", o que significa que a declaração da inconstitucionalidade é feita pelo Poder Judiciário.

No entanto, há possibilidade de controle político da constitucionalidade, mediante veto do Poder Legislativo ou rejeição de projeto de lei em tramitação perante o Poder Legislativo.

No Brasil, há oportunidade para o controle preventivo (político). Como se trata de controle prévio, não culmina na declaração de inconstitucionalidade, se efetivando mediante proposta de eliminação de eventuais inconstitucionalidades no projeto de lei que estiver sendo objeto de análise pelo Poder Legislativo (no âmbito das comissões de constituição e justiça) e pelo Poder Executivo (mediante veto ao projeto aprovado na casa legislativa, de modo a obstar sua conversão em lei).

Além disso, classifica-se o controle judicial de constitucionalidade quanto ao órgão judicial que o exerce, entre controle difuso e concentrado e, quanto à forma ou modo em incidental e por via principal ou ação direta.

---

[225] "O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas." (BARROSO, 2008, p. 29).

O controle é difuso quando permite a qualquer juiz ou tribunal o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma e sua não aplicação ao caso concreto que estiver sob apreciação judicial.

Já no sistema concentrado, o controle de constitucionalidade é exercido por um único órgão ou por um número limitado de órgãos criados especificamente para esse fim ou tendo nessa atividade sua função principal.[226]

O controle é incidental "quando o pronunciamento acerca da constitucionalidade ou não de uma norma faz parte do itinerário lógico do raciocínio jurídico a ser desenvolvido. (BARROSO, 2008, p. 49).

Ademais, "a declaração incidental da inconstitucionalidade é feita no exercício normal da função jurisdicional, que a de aplicar a lei contenciosamente." (SEABRA FAGUNDES apud BARROSO, 2008, p. 49).

Por outro lado, o controle por via principal ou direta é "exercido fora de um caso concreto, independentemente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição." (BARROSO, 2008, p. 50).

A eficácia jurídica "designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, seu efeito típico, que é o de regular as situações nela indicadas. Eficácia diz respeito, assim, à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma." (BARROSO, 2008, p. 14).

Dependendo da modalidade de controle de constitucionalidade, "a ineficácia se dará apenas em relação às partes do processo ou a todas as pessoas indistintamente." Barroso explica que no sistema brasileiro:

> [...] a lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - seja em ação direta, seja incidentalmente, com a subsequente suspensão pelo Senado Federal - não deverá mais ser aplicada, mas não há um ato formal que a elimine do mundo jurídico. Embora ela passe a ser letra morta, não é retirada expressamente de vigência.
>
> O reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma não se confunde, quer em suas causas, quer em seus efeitos, com sua *revogação*. A revogação consiste na retirada de uma norma do mundo jurídico, operando, portanto, no plano da existência dos atos jurídicos [...] e seus efeitos somente se produzem para o futuro,

[226]"No Brasil, a Emenda Constitucional n. 16, de 6 de dezembro de 1965, introduziu o controle concentrado de constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, mediante representação do Procurador-Geral da República [...]." (BARROSO, 2008, p. 49).

> *ex nunc.* A declaração de inconstitucionalidade, ao revés, é competência *judicial*, e, de ordinário, seus efeitos serão retroativos.[227] (BARROSO, 2008, p. 15).

[227] O entendimento que prevalece no Brasil, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal é o nulidade de pleno direito da lei inconstitucional, tendo a decisão eficácia retroativa (DJU, 2 abr. 1993, QO na ADIn 652-MA, rel. Min. Celso de Mello). No entanto, há casos pontuais em que houve atenuação à "teoria da inconstitucionalidade como nulidade", como registra Barroso (2008, p. 21)

5 DA ANÁLISE DE VALIDADE FORMAL E SUBSTANCIAL DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.467/17, QUE ENALTECEM A AUTONOMIA PRIVADA E A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO NAS RELAÇÕES LABORAIS E CRITÉRIOS DE RELACIONAMENTO, INTERPRETAÇÃO, INTEGRAÇÃO E APLICAÇÃO DAS FONTES NORMATIVAS E CONTRATOS DE TRABALHO

5.1 Propósitos declarados e não declarados da Lei n. 13.467/17 ao enaltecer a autonomia privada individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado

A partir do contexto demonstrado nesta tese, o Direito do Trabalho, em que pese ter função conservadora e ser fruto do capitalismo, tem o outro lado. Funciona como barreira para conter ou pelo menos amenizar o rolo compressor da racionalidade do capital limitando a fome avassaladora deste, por ser instrumento importante para consagrar direitos e garantias conquistados mediante lutas, tendo os sindicatos, papel importante nesse processo.

Assim, não é difícil compreender porque o Direito do Trabalho é alvo desde as últimas décadas do século XX e, mais, intensamente, nas primeiras décadas do século XXI, de bombardeio ideológico, que se concretiza mediante medidas flexibilizatórias da regulação estatal e reformas sob o discurso da valorização das liberdades, tanto no âmbito da autonomia privada individual quanto coletiva.

Não por acaso, a estratégia de atribuir maior valor ao contrato em detrimento da lei se apresenta em momento de aguda vulnerabilidade do trabalhador individualmente considerado e das suas principais associações representativas, os sindicatos.

A reorganização produtiva, as inovações tecnológicas, a globalização, os efeitos decorrentes das novas formas de contratação e de trabalhar viabilizadas com a indústria 4.0 e com a utilização de plataformas digitais compõem e favorecem o sistema normativo proveniente da racionalidade neoliberal. Ao potencializarem o desemprego, a precariedade e a concorrência empresarial e nas relações interpessoais, tais atores sociais permanecem em posição de total vinculação e dependência do capitalismo.

Como abordado no capítulo 3, as mudanças na legislação trabalhista vêm sendo discutidas e implementadas há mais de 40 anos (ROBORTELLA, 2018, p. 89), sendo que a partir de 2008 se intensificaram a adoção de medidas pró-austeridade e as reformas trabalhistas pelo mundo, promovendo transformações do Direito do Trabalho, com destaque para as que potencializam a autonomia da vontade e a prevalência do negociado sobre o

legislado, inclusive para reconhecer aos sindicatos a possibilidade de alteração da legislação *in pejus*, conforme necessidades concretas das relações trabalhistas.

Robortella (2018, p. 90) considera que "as mais recentes leis [...] instituem menor protecionismo individual para estimular o diálogo social e reduzem a intervenção do Estado com o objetivo de gerar mais investimentos e mais empregos.

Os **principais propósitos declarados** das reformas trabalhistas em geral[228] são **o aumento da competitividade das economias[229] para a atração de investimentos e criação de postos de trabalho.**

Para alcançar tais propósitos declarados, Robortella (2018, p. 90) entende que as reformas na Europa "tentam dar mais funcionalidade às leis de proteção, maior racionalidade e eficiência na gestão empresarial, objetivando maiores ganhos para a empresa, o trabalhador e a sociedade", atribuindo ao direito do trabalho o "papel de efetivo instrumento de política social e econômica."

No entanto, segundo essa visão, a legislação heterônoma rígida (*hard law*) se apresentaria como dificultadora desse processo, ante à incapacidade de acompanhar e disciplinar as novas realidades econômicas, o que exigiria, para amenizar esse descompasso, o fortalecimento da negociação coletiva, conferindo maior dinamismo à regulação de tais relações.

Como explica Alain Supiot, na sociedade complexa gerada pela globalização, o Estado[230] permanece como o garantidor do interesse geral, mas admite que não detém os meios para definir sozinho o que constitui interesse geral. Diante disso, são chamados os atores sociais para participarem da definição do interesse público. Assim, "**o Estado apropria-se do método negocial para revalorizar a lei: afinal é esta que fixa os princípios e os grandes objetivos da política a serem concretizados na negociação, bem como as condições necessárias ao equilíbrio das partes na negociação".**[231] (SUPIOT apud SILVA, 2000, p. 38, grifo nosso).

---

[228] Conforme exposto no capítulo 3, tais propósitos também foram constatados no estudo publicado pela OIT, feito Adascalieti e Morano, acerca das reformas trabalhistas realizadas entre 2008 e 2014 em 110 países de economias desenvolvidas e em desenvolvimento.

[229] Ainda que a redução do custo do trabalho leve à precarização e que os postos de trabalho gerados sejam ocupações precárias. (LÚCIO, 2017).

[230] ou a autoridade comunitária no plano supranacional.

[231] Como exemplos dessa atuação normativa substancial, Supiot ressalta, no nível supranacional, a Carta comunitária dos direitos sociais fundamentais, no âmbito da União Europeia, e a Declaração Sócio-Laboral aprovada em 1998 no âmbito do Mercosul. Além disso, na esfera internacional, ressalta que a Organização Internacional do Trabalho "tem consagrado, desde a sua criação em 1919, princípios destinados a orientar a atuação normativa do Estado e dos particulares, cabendo referência especial à Declaração da OIT relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, aprovada em 1998." (SUPIOT apud SILVA, 2000, p. 38).

Nesse cenário, passaria a ser necessário "admitir formas de *soft law*", sendo, pois, atribuído maior relevo à autonomia privada e à negociação coletiva para instrumentalizar um modelo de organização social no qual é reconhecida a centralidade do mercado[232]:

> Substituem o protecionismo estático da lei pelo protecionismo dinâmico, com largo espaço para a negociação coletiva.
>
> Enfim, um modelo diferente de organização social, que reconhece o papel central do mercado - goste-se ou não - e imprime racionalidade econômica à globalização. (ROBORTELLA, 2018, p. 90).

Ilustra bem essa nova racionalidade defendida pelos reformistas a afirmativa de Robortella, para quem o *welfare state* deve evoluir para o *workfare state*[233]: "**Não há mais lugar para a utopia que marca a dogmática trabalhista**. Além da proteção ao empregado, **há outros valores como a sobrevivência da empresa, o desenvolvimento econômico e social**." (ROBORTELLA, 2018, p. 98, grifo nosso).

Na prática, para concretizar "a nova governança do mercado de trabalho" ou "direito do mercado de trabalho", na qual "a proteção vai em direção ao mercado", além de ampliarem os poderes de gestão da empresa e o espaço para a negociação coletiva, as novas leis promovem flexibilizações de entrada, de saída e para alargar as possibilidades de alteração nos contratos de trabalho. (ROBORTELLA, 2018, p. 91).

No mesmo sentido, foram os argumentos em favor da reforma no Brasil, formalizada com a Lei n. 13.467/17, que também se arrima numa suposta obsolescência da legislação

---

[232] Tal tendência também tem sido incorporada nos países da Comunidade Econômica Europeia – CEE. Como registra Silva, "O Acordo sobre política social, que figura como Anexo do Tratado de Maastricht e será inserido no corpo do Tratado constitutivo da CEE quando completada a ratificação do Tratado de Amsterdã, **aponta para uma mudança no eixo central da atuação legislativa comunitária: os atores sociais são convidados a negociar entre si a respeito de matérias de seu interesse, aprovando acordos coletivos que passam a integrar o ordenamento comunitário mediante o uso do mecanismo da recepção**. Diversos acordos têm sido recepcionados por meio de diretivas e em outubro de 1999 o Comitê Econômico e Social patrocinou a primeira Convenção sobre o Papel e a Contribuição da Sociedade Civil Organizada na Integração Européia." (SILVA, 2000, p. 37-38, grifo nosso).

233 **A transição do estado de Bem-Estar Social para o Estado Mínimo representaria, assim, a modernização da hegemonia capitalista.**

Andrea Fumagalli explica que "**Um dos pontos de ataque da política de austeridade é o** estado de bem-estar social **(Welfare State), que está no modelo de desenvolvimento da Europa. Não obstante, há um desmantelamento de muitos serviços de bem-estar social, o qual está sendo regulado num sistema de 'Workfare'. Ou seja, a pessoa pode ter acesso aos serviços sociais somente se ela tem condições de** pagar o preço **pelo serviço. Quer dizer que para ter acesso ao serviço social, a pessoa precisa ter uma renda. Mas atrás do sistema de 'Workfare' está uma oportunidade de business e de destruição dos sistemas sociais de saúde e educação. Segundo essa visão, só pela privatização da saúde há possibilidade de desenvolvimento e de crescimento de processos de financeirização. Logo, um dos efeitos do sistema financeiro é destituir o estado de bem-estar social como forma de seguridade social. Mas esse** sistema financeiro **apenas se sustenta se há uma privatização do sistema de seguridade social, das pensões etc." (FUMAGALLI, 2015)**

trabalhista[234] e "excesso de rigidez destrói empregos, levando os capitais a criar oportunidades de trabalho em outros países" (PASTORE, 1994, p.).

Nessa linha de pensamento, os defensores da referida reforma correlacionam a suposta rigidez com a informalidade, sustentando que "o crescimento do desemprego e do trabalho informal mostra que a realidade se revoltou contra a rigidez da legislação trabalhista tradicional. O mercado informal cria a pior das flexibilidades." (ROBORTELLA, 2018, p. 97).

Assim, a retirada direta de direitos e de garantias já reconhecidos se faz sob o pretexto de no curto prazo reduzir os custos da mão de obra para os empregadores, com ganhos de competitividade empresarial e possibilidade de atrair investimentos internacionais.

Ainda na mesma toada, consideram que as transformações globais tornam imperiosas as reformas no sentido de dinamizar as relações de trabalho, outorgando **maior autonomia negocial às partes envolvidas diretamente** na questão, o que, em última análise, acarretaria **maior segurança jurídica** às relações laborais, gerando **mais confiança para a criação de mais empregos**, desencadeando, por fim, **maior crescimento econômico e, consequentemente, mais renda ao trabalhador**. Tudo muito simples.

Robortella (2018, p. 95) sustenta que os objetivos principais da reforma trabalhista no Brasil consistem em buscar assegurar: segurança jurídica; maior liberdade individual de contratação; intervenção mínima na negociação coletiva; redução da informalidade; redução do custo do trabalho; aumento do nível de emprego; reconhecimento de formas atípicas de trabalho; maior liberdade de gestão da empresa; liberdade de terceirização; redução do ativismo judicial e do poder dos juízes.

Como já demonstrado no capítulo 3, os ventos da reforma trabalhista no Brasil foram sentidos primeiro no âmbito da jurisprudência do STF, sendo que, a partir de 2016, fizeram-se presentes as condições que levaram à aprovação da Lei n. 13.467/17.

Na exposição de motivos do substitutivo apresentado pelo deputado Rogério Marinho ao projeto de lei originalmente proposto de reforma trabalhista, é contundente a crítica ao "excesso de leis trabalhistas"[235] e à "obsolescência" dessa legislação, a partir do que sustenta a necessidade de adequá-las às inovações tecnológicas e mudanças das dinâmicas sociais do

[234] Robortella (2018, p. 98) considera que a filosofia protecionista tem base no fordismo. É abstrata, genérica, autoritária e despreza a negociação coletiva.

[235] fator que associado à possibilidade de serem proferidas decisões distintas em casos envolvendo mesma temática, acarreta insegurança jurídica nas relações laborais, o que também foi objeto de crítica no relatório apresentado pelo deputado Rogério Marinho e aspecto utilizado para justificar a defesa da restrição ao ativismo judicial e o estímulo às soluções extrajudiciais na composição dos conflitos. (MARINHO, 2017, p. 23).

século XXI, assegurando-se liberdade aos brasileiros.[236] Considera que isso seria "modernização", ou seja, "trazer as leis trabalhistas para o mundo real", no qual "se deve conferir maior poder de atuação às representações sindicais de trabalhadores e de empregadores para decidirem, de comum acordo, qual a melhor solução para as partes em momentos determinados e específicos." (MARINHO, 2017, p. 12).

Também foi destacado no referido relatório o propósito de, com a flexibilização da legislação trabalhista, reduzir a informalidade.[237]

---

[236]Nesse sentido, consta no relatório elaborado pelo Deputado Rogério Marinho no substitutivo do projeto de lei da reforma trabalhista: "Os filósofos alemães definem o zeitgeist como o espírito do tempo, o espírito da época, é o conjunto do clima intelectual e cultural do mundo. As leis são construídas e escritas com o objetivo de atender o zeitgeist em que estão inseridas. O Brasil de 1943 não é o Brasil de 2017. Há 74 anos éramos um país rural, com mais de 60% da população no campo. Iniciando um processo de industrialização, vivíamos na ditadura do Estado Novo, apesar disso, o governo outorgou uma legislação trabalhista que preparava o país para o futuro. Uma legislação que regulamentava as necessidades do seu tempo, de forma a garantir os patamares mínimos de dignidade e respeito ao trabalhador. Hoje, estamos no século XXI, na época das tecnologias da informação, na época em que nossos telefones celulares carregam mais capacidade de processamento do que toda a NASA quando enviou o homem à lua. As dinâmicas sociais foram alteradas, as formas de se relacionar, de produzir, de trabalhar mudaram diametralmente. Novas profissões surgiram e outras desapareceram, e as leis trabalhistas permanecem as mesmas. Inspiradas no fascismo de Mussolini, as regras da CLT foram pensadas para um Estado hipertrofiado, intromissivo, que tinha como diretriz a tutela exacerbada das pessoas e a invasão dos seus íntimos. O respeito às escolhas individuais, aos desejos e anseios particulares é garantido pela nossa Lei Maior. Não podemos mais negar liberdade às pessoas, não podemos mais insistir nas teses de que o Estado deve dizer o que é melhor para os brasileiros negando-os o seu direito de escolher. Precisamos de um Brasil com mais liberdade." (MARINHO, 2017, p. 12-14).

[237] Na exposição de motivos do substitutivo apresentado pelo deputado Rogério Marinho ao projeto de lei originalmente proposto de reforma trabalhista consta: "[...] A preocupação desta Casa, ao examinar a proposição, não pode se restringir ao universo dos empregados formais, é preciso pensar naqueles que estão relegados à informalidade, ao subemprego, muitas vezes por que a sua realidade de vida não se encaixa na forma rígida que é a atual CLT. A legislação trabalhista brasileira vigente hoje é um instrumento de exclusão, prefere deixar as pessoas à margem da modernidade e da proteção legal do que permitir contratações atendendo as vontades e as realidades das pessoas. No que se refere ao mercado informal, devemos ressaltar que o Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (IBRE/FGV) e o Instituto Brasileiro de Concorrência Empresarial (ETCO) divulgam, desde o ano de 2007, o índice de economia subterrânea, que avalia o mercado informal de trabalho. A pesquisa identificou um crescimento nos números desse mercado, atingindo, em 2016, o patamar de 16% do PIB brasileiro. Segundo o estudo, estima-se que em torno de 40% dos trabalhadores brasileiros estejam no mercado informal, ou seja, quatro em cada dez brasileiros não têm qualquer proteção de direitos trabalhistas. Essa modernização trabalhista deve então assumir o compromisso não apenas de manter os direitos dos trabalhadores que possuam um emprego formal, mas também de proporcionar o ingresso daqueles que hoje não possuem direito algum. Esse desequilíbrio deve ser combatido, pois, escudada no mantra da proteção do emprego, o que vemos, na maioria das vezes, é a legislação trabalhista como geradora de injustiças, estimulando o desemprego e a informalidade. Temos, assim, plena convicção de que essa reforma contribuirá para gerar mais empregos formais e para movimentar a economia, sem comprometer os direitos tão duramente alcançados pela classe trabalhadora. Não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal. Assim, convivemos com dois tipos de trabalhadores: os que têm tudo – emprego, salário, direitos trabalhistas e previdenciários – e os que nada têm – os informais e os desempregados. A reforma, portanto, tem que almejar igualmente a dignidade daquele que não tem acesso aos direitos trabalhistas. E essa constatação apenas reforça a nossa convicção de que é necessária uma modificação da legislação trabalhista para que haja a ampliação do mercado de trabalho, ou seja, as modificações que forem aprovadas deverão ter por objetivo não apenas garantir melhores condições de trabalho para quem ocupa um emprego hoje, mas criar oportunidades para os que estão fora do mercado. (MARINHO, 2017, p. 21, grifo nosso).

Assim, um dos “pilares” (do projeto) da reforma trabalhista é a “possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade.” Consta, expressamente, no relatório do projeto substitutivo da reforma trabalhista apresentado pelo deputado Rogério Marinho:

> [...] De fato, a justificação do projeto menciona que o seu objetivo com tal medida é a de “garantir o alcance da negociação coletiva e dar segurança ao resultado do que foi pactuado entre trabalhadores e empregadores”. Muitos mencionam a hipossuficiência dos trabalhadores para criticar a proposta de se ampliar a prevalência do negociado, com o argumento de que os sindicatos laborais são fracos, maus negociadores, e que, por isso, serão “enganados” pelos sindicatos patronais nas negociações, havendo o risco, ainda, de os trabalhadores serem ameaçados de demissão se não se submeterem às condições impostas pelos empregadores. O dia a dia das negociações, no entanto, mostra uma outra realidade, sendo possível verificar que, ao longo dos últimos vinte anos, os sindicatos negociaram aumentos salariais iguais ou superiores aos índices inflacionários. Somente no ano de 2016, em que o País viveu uma de suas piores crises econômicas, 52% dos sindicatos negociaram índices de aumento superiores à inflação, e a grande maioria das entidades cujos reajustes foram inferiores aos índices inflacionários conseguiram preservar os empregos de seus representados, o que configura um grande ganho em momentos de aumento do desemprego.
>
> O que precisamos, na verdade, é **fortalecer a estrutura sindical como um todo, fazendo com que as categorias se sintam efetivamente representadas**. Nesse sentido, é acertada a ideia contida na proposta do Governo. Ao se abrir espaço para que as partes negociem diretamente condições de trabalho mais adequadas, sem revogar as garantias estabelecidas em lei, o projeto possibilita maior autonomia às entidades sindicais, ao mesmo tempo em que busca conferir maior segurança jurídica às decisões que vierem a ser negociadas. **A insegurança jurídica da representação patronal, que não tem certeza se o que for negociado será preservado pela Justiça do Trabalho, é um grande empecilho à celebração de novas condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores e, em última instância, um entrave à contratação de mão de obra**.
>
> [...]
>
> Porém o que se está propondo não é a sua revogação, mas, sim, permitir que as entidades possam negociar a melhor solução para as suas necessidades. Repita-se, não se busca com esse dispositivo reduzir direitos dos trabalhadores, mas apenas **permitir que regras rígidas da CLT possam ser disciplinadas de forma mais razoável pelas partes, sem que haja o risco de serem invalidadas pelo Judiciário, contribuindo para uma maior segurança jurídica nas relações de trabalho. Em suma, modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores. Neste ponto, é de extrema relevância mencionar que o STF tem se debruçado sobre o tema da prevalência do negociado pelas partes no Direito do Trabalho, e as decisões da Corte Máxima do nosso Judiciário têm se pautado pelo entendimento de que a Constituição Federal buscou prestigiar “a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas**”.
>
> [...]
>
> **deve-se fortalecer o entendimento direto entre as entidades sindicais que representam empregados e empregadores, sem que haja a violação dos direitos assegurados aos trabalhadores**. A proposta de se estimular o resultado das negociações coletivas, contudo, tem que estar diretamente relacionada com uma estrutura sindical em que as entidades sejam mais representativas e mais democráticas. Embora reconheçamos a existência de inúmeros sindicatos altamente

> representativos, não podemos fechar os olhos para a outra realidade do nosso sistema sindical, em que proliferam sindicatos de fachada. E, nesse ponto, temos a convicção de que a sugestão de retirar a natureza de imposto da contribuição sindical, tornando-a optativa, será de fundamental importância no processo de fortalecimento da estrutura sindical brasileira. [...] (MARINHO 2017, p. 26-27; grifo nosso).

Visando a concretizar essa concepção de potencialização da autonomia da vontade coletiva e visando a resguardar a segurança acerca do conteúdo das pactuações é que foram realizadas as alterações e inovações nos parágrafos do artigo 8º; artigo 611-A; artigo 611-B e artigo 620, todos da CLT e mencionados no final do capítulo 3.

O propósito não declarado de tais alterações é retirar a autonomia e a especialidade do Direito do Trabalho, mediante a criação de fissuras no sistema jurídico a partir da supressão (pelo menos em termos formais) da barreira de contenção do direito comum. (BERNARDES; SCALÉRCIO; LIMA, 2018, p. 23) Combinando-se esta estratégia com a possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado e do contrato sobre os instrumentos normativos[238] - dentro de certos limites, mas ainda que *in pejus*, e com restrições à atuação do Poder Judiciário -, poder-se-á concretizar mais facilmente a ideia subjacente de enfraquecer o Direito do Trabalho e, consequentemente, a classe trabalhadora.

Assim, pode-se afirmar que as reformas trabalhistas no mundo e no Brasil também têm o propósito não declarado de alimentar a precarização, "cumprindo com uma agenda neoliberal que tem o condão de colocar o Brasil num verdadeiro panorama de enfraquecimento da classe obreira", (MOITINHO, 2018, p. 79)

A precarização atua como relevante mecanismo para manter a grande maioria da população voltada ao propósito único e individual de sobrevivência. Ao que parece, acredita-se que a servidão seja um privilégio na conjuntura nefasta de desemprego estrutural, na qual o projeto de vida de cada um será o de se dedicar a todas as ocupações laborais possíveis, para simplesmente obter o suficiente para a subsistência, sem questionar - como se vivêssemos realmente *o fim da história*, para usarmos a expressão de um grande filósofo[239] e há alguns anos aproveitada por um autor de *best-seller*.[240]

---

[238] Ao longo desse capítulo, será utilizada a expressão "potencialização da autonomia da vontade e a prevalência do negociado sobre o legislado" para designar as alterações que se referem à possibilidade de prevalecerem ajustes entre as partes (cláusulas contratuais) sobre as normas negociadas e legisladas; e a possibilidade de ser aplicada norma negociada em detrimento de norma legislada. Neste último caso, no sentido dado pela Lei n. 13.467/17, que apesar de formalmente admitir a prevalência *in pejus* da norma negociada sobre a legislada, enuncia limites, a partir do disposto nos artigos 611-A e 611-B da CLT.

[239] Hegel.Georg Wilhelm Friederich.

[240] Fukuyama, Francis.

5.2 Efeitos possíveis e já consumados da Lei n. 13.467/17 decorrentes da potencialização da autonomia da vontade e da prevalência do negociado sobre o legislado

Em diversos países do mundo, foram adotadas reformas trabalhistas e medidas pró-austeridade como resposta a crises econômicas e financeiras. Entre pretextos declarados e não declarados como já exposto no item anterior, destacam-se o de criar postos de trabalho e de tornar as empresa e economias mais competitivas.

A questão é saber se a Lei n. 13.467/17 conseguiu ou conseguirá entregar o que prometeu ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado e enaltecer a autonomia da vontade no âmbito do contrato de trabalho e nas relações coletivas.

Assim, necessário analisar quais são os possíveis efeitos e os efeitos já concretizados da reforma trabalhista no Brasil.

5.2.1 Possíveis efeitos positivos

Entre os possíveis efeitos positivos da potencialização da autonomia da vontade tanto no âmbito individual quanto no coletivo, destaca-se a maior aptidão de ser cumprida pelas partes, vez que terão participado diretamente do ajuste que cria a obrigação.

Além disso, há uma maior aptidão para se adequar às situações concretas para as quais foi especificamente criado o ajuste (seja a cláusula contratual; seja a lei negociada).

Como pontua Silva, “sua chance de atender os acontecimentos reais e fazer justiça nos casos concretos é muito maior do que as leis em sentido amplo, cuja adaptação aos fatos limitados precisa de interpretação e este trabalho exegético toma tempo e exige reflexão.” (SILVA, 2015, p. 44).

Segundo esse raciocínio, as leis negociadas podem oxigenar o ordenamento jurídico, estabelecendo de forma mais dinâmica e específica situações não reguladas pelas outras fontes normativas ou que tenham sido tratadas e forma genérica. Assim, as leis negociadas podem ser mais democráticas, flexíveis e atenderem melhor às necessidades sociais e econômicas (SILVA, 2015, p. 49).

Assim, “abre-se espaço maior para o diálogo intraempresarial.” (ROBORTELLA, 2018, p. 91).

Ademais, a criação normativa autônoma, por ser mais dinâmica, tem maior aptidão para permitir que o Direito se mantenha atualizado, em compasso com a realidade, superando obsolescências que possam se verificar na regulamentação heterônoma.

Além disso, “a delegação é uma técnica útil e necessária para desafogar o ordenamento jurídico, chamando o cidadão a participar da sua formação através da declaração de vontade constitutiva de direito” (SILVA, 2015, p. 49).

Ressalta-se, ainda, que a criação das leis delegadas no Brasil se dá mediante negociação coletiva, que é instrumento muito importante para a solução de conflitos, evidenciando, também, este ponto positivo da atuação direta dos entes coletivos na criação das regras que se aplicarão ao contrato de trabalho.

Destaca-se, ainda como ponto positivo que “muitos direitos que saltaram das negociações coletivas das organizações sindicais mais organizadas, para as menos organizadas e, por fim, a legislação nacional.” (MENDES, 2107, p. 444).

Como definiu Carnelutti (apud Viana, 2000, p. 573) acerca da natureza jurídica da convenção coletiva “A lei é como uma roupa feita; serve a todos, por não servir bem a ninguém. Já a convenção coletiva é uma roupa sob medida.”

5.2.2 Efeitos concretizados e possíveis efeitos negativos

Assim como as reformas trabalhistas em geral realizadas em outros países do mundo, os propósitos declarados da Lei n. 13.467/17 foram tornar a economia mais competitiva para, gerando confiança, atrair capitais e criar oportunidades de trabalho no País, além de diminuir a informalidade. Assim, haveria maior segurança nas relações laborais, maior crescimento econômico e, consequentemente, mais renda ao trabalhador.

Sob tais propósitos, foram alterados alguns pontos estratégicos da legislação trabalhista[241], com destaque para a potencialização da autonomia da vontade e a prevalência do negociado sobre o legislado.

A questão é identificar se a reforma trabalhista conseguiu desde sua vigência, a partir de 11 de novembro de 2017, atrair investimentos, gerar empregos e diminuir a informalidade, além de gerar a prometida segurança jurídica e aumento da renda do trabalhador.

Inicialmente, destaca-se que a realidade não confirma a alegação de que o padrão de regulação trabalhista e suposta rigidez do mercado de trabalho impedem o crescimento brasileiro e a geração de empregos.

Tampouco se confirma o pretexto de que serão gerados mais empregos com a suposta modernização das relações trabalhistas mediante o predomínio do negociado sobre o legislado.

---

[241] Robortella (2018, p. 95) destaca a busca por maior liberdade individual de contratação; intervenção mínima na negociação coletiva; reconhecimento de formas atípicas de trabalho; maior liberdade de gestão da empresa; liberdade de terceirização; redução do ativismo judicial e do poder dos juízes.

O equívoco dessa premissa é o de atribuir ao Direito do Trabalho um poder que ele não tem: o de criar ou eliminar empregos. A esse respeito vale a lição de Perez Rey, para quem:

> [...] la legislación laboral, como la energia, ni crea empleo ni lo destruye a lo sumo lo transforma; y a pesar de esta limitada repercusión em el empleo, este último se convierte en el patrón de medida de toda la ordenación jurídica del trabajo e en un mecanismo de chantaje permanente para recortar los derechos laborales. Se condena así al Derecho del Trabajo a la trincheira y a estar siempre a la defensiva. (PEREZ REY, 2009, p. 245).

Como registra Drummond, no Brasil, antes da reforma trabalhista, houve uma "etapa de crescimento econômico com democracia"; um "ciclo de prosperidade econômica que se estendeu de 2004 a 2014, acompanhado de uma importante dinamização do mercado de trabalho", com "efeitos muito positivos sobre os estratos mais pobres da população e os assalariados em geral." (DRUMMOND, 2017, p. 18)

Entre 2002 e 2014, "foram gerados no País 19,8 milhões de ocupações adicionais [...], o que correspondeu a uma variação positiva de 25%", tendo sido também verificada a redução do número de trabalhadores informais (de 55,8% para 41,2%). (DRUMMOND, 2017, p. 18)

Assim, "apesar de uma das maiores crises do capitalismo mundial entre 2008 e 2009", o crescimento brasileiro não foi impossibilitado pelo padrão de regulação trabalhista nem pela suposta rigidez do mercado de trabalho:

> O Brasil, a despeito das adversidades decorrentes da globalização financeira demonstrou ainda ser possível avançar na melhor estruturação do mercado de trabalho e ao mesmo tempo elevar os padrões regulatórios, expandir empregos, aumentar salários e reduzir a informalidade. (DRUMMOND, 2017, p. 18-19).

O descompasso entre a geração de empregos e a eventual necessidade de modernização da legislação trabalhista fica evidente quando se verifica que nos anos de 2012 e 2013 o Brasil beirou o que se convencionou chamar de "pleno emprego", com taxa de desocupação próxima a 5% da população[242], alcançando patamares que só evidenciam o desacerto da tese pró-reforma trabalhista, porquanto afasta, de maneira clara, a conexão entre a crise do emprego e a legislação trabalhista atual.

---

[242] "O número de carteiras assinadas em 2013 subiu: passou dos 11 milhões e meio de trabalhadores, quatro milhões de pessoas a mais do que em 2003. Já a taxa de desemprego fechou o ano em 4,3%.
O resultado foi o menor da série histórica da pesquisa, feita em Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, Recife, Salvador e Porto Alegre. Na média do ano, a desocupação ficou em 5,4%. Também o valor mais baixo da série.
Segundo o IBGE, a taxa de desocupação permaneceu praticamente estável entre 2012 e 2013, já que a variação foi mínima: de 0,1 ponto percentual. Em comparação a 2002, quando a pesquisa começou a ser realizada, o estudo mostra uma evolução positiva do mercado de trabalho nas seis maiores regiões metropolitanas do país." (DE LANNOY, 2014)

Como relatam Druck e Silva, a partir dos dados do IBGE (PNAD continua)[243] referentes ao primeiro trimestre de 2017, apenas 37,8% do total dos ocupados tinham carteira de trabalho assinada. Os dados também indicavam os autônomos (36,4%) e taxa de desocupação de 13,7% (com ou sem carteira assinada). (DRUCK e SILVA, 2018, p. 28)[244]

A Lei n. 13.467/17 foi aprovada quando o país tinha 13,3 milhões de desempregados e uma taxa de desocupação de 12,8%, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), sob a promessa de criação de empregos.[245]

A mesma fonte[246] indica crescimento da ocupação após a reforma:

> [...] de acordo com a PNAD contínua de março/2018, a informalidade cresceu e é responsável pelo aumento da ocupação. Na comparação anual (dez. a fev. de 2017), o número de empregados sem carteira cresceu 5% [...] e o de trabalhadores por conta própria aumentou 4,4% [...]. enquanto os empregados com carteira assinada reduziram em 1,8% [...] (DRUCK; SILVA, 2018, p. 29)[247]

No entanto, mesmo após um ano de vigência da Lei n. 13.467/17, houve pouco impacto na geração de empregos e não houve redução da informalidade. (BOMFIM, 2018)

De novembro de 2017 até setembro de 2018, foram criadas no País 298.312 vagas com carteira assinada, de acordo com o Caged (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados)[248], do Ministério do Trabalho, o que nem se deve à Lei, mas ao aumento do PIB (Produto Interno Bruto), segundo o economista Hélio Zylberstajn[249]. (BOMFIM, 2018)

Não se tinha mesmo qualquer evidência de que a redução dos custos com os empregados propiciasse a criação de novos postos de emprego. Ao revés, a experiência revela que tal medida não produz novos empregos, havendo a substituição daqueles já existentes por novas formas de trabalho precário, tais como os terceirizados, desregulamentados e flexíveis,

---

[243] As informações são do IBGE, a partir dos dados divulgados mensalmente na Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios), que consideram períodos de três meses. Como informa Bomfim, "levam em conta toda a população com idade para trabalhar (acima de 14 anos), incluindo empregados com e sem carteira de trabalho, empregadores, trabalhadores por conta própria e pessoas que desistiram de procurar emprego, dentre outros. A pesquisa é feita por amostragem em cerca de 3.500 municípios." (BONFIM, 2018)

[244] Além disso, as Autoras apontam que mesmo entre os que têm carteira assinada, há alto índice de descumprimento de direitos, conforme "relatório da Justiça em Números (Conselho Nacional de Justiça) para 2016", que indica, para 2016, que "49% das demandas em toda a Justiça do Trabalho eram por não pagamento de verbas rescisórias, não pagamento de horas extras prestadas e reconhecimento de vínculo em relações burladas." (DRUCK e SILVA, 2018, p. 29)

[245] O ministro do Trabalho, Ronaldo Nogueira, chegou a afirmar que seriam geradas 2 milhões de vagas em 2018 e 2019. (BOMFIM, 2018)

[246] IBGE (PNAD continua)

[247] (https://www.ibge.gov.br)

[248] Divulgado mensalmente pelo Ministério do Trabalho, o Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (Caged) se refere apenas a empregos com carteira assinada naquele mês. Os dados são repassados ao ministério pelas próprias empresas.

[249] Professor da Universidade de São Paulo (USP) e coordenador do Salariômetro, da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe).

numa situação que atenta contra princípios basilares do Direito do Trabalho, tais como o da busca pelo pleno emprego, o da proteção ao trabalhador e mesmo o da continuidade da relação de emprego.

O papel de geração de empregos é próprio da atividade econômica; quando esta vai bem, há maior necessidade de mão de obra, contratando-se mais. Por outro lado, quando a economia vai mal, a necessidade de mão-de-obra diminui e as empresas contratam menos. Assim, a flexibilização das normas trabalhistas em nada interfere positivamente na geração de empregos, sendo esse pretexto um mito que não se sustenta.

Nesse sentido, o economista e professor Zylberstajn afirma: "a reforma cria melhores condições de contratação[250], mas não cria vagas nem as formaliza", pois "não se criam empregos com mudanças na legislação trabalhista, e sim com crescimento econômico." (apud BOMFIM, 2018).

Krein[251] também ressalta a impossibilidade de estabelecer relação entre a Lei n. 13.467/17 e a dinâmica do mercado de trabalho em 2018 quanto à geração de emprego e alerta para a necessidade de relativizar a leve queda na taxa de desemprego geral - de 0,3%[252], divulgada pelo IBGE, que considera empregados com e sem carteira assinada. (KREIN apud BOMFIM, 2018).

Explica o também economista e professor que, apesar da queda da taxa de desocupação, a taxa de subutilização da força de trabalho aumentou no mesmo período, de 23,8% para 24,2%, o que mostra "que há mais pessoas trabalhando pouco ou desistindo de procurar emprego[253], o que puxa a taxa total de desemprego para baixo". (KREIN apud BOMFIM, 2018)

Quanto à geração de empregos e à subutilização da mão de obra, é importante registrar que:

> [...] a adesão às novas formas de contratação ainda é muito baixa. Do total de vagas geradas da reforma para cá, apenas 12% foram com contrato intermitente, por exemplo. E os números do Caged sugerem que quem conseguiu "formalizar o bico" não está conseguindo mais de um trabalho, como previam os apoiadores da reforma. Foram 35.930 contratos desse tipo desde novembro de 2017, mas só 693 trabalhadores firmaram mais de um contrato. (BOMFIM, 2018).

---

[250] Melhores condições unicamente na perspectiva de maximização da mais valia.

[251] José Dari Krein, professor da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (Cesit).

[252] No trimestre encerrado em outubro de 2017, logo antes de a reforma entrar em vigor, a taxa era de 12,2%. No trimestre encerrado em setembro deste ano, era de 11,9%. (KREIN apud BOMFIM, 2018)

[253] Krein ainda destaca o crescimento no número de desalentados, ou seja, de trabalhadores que desistiram de procurar emprego: eram 4,278 milhões antes da vigência da Lei 13.467/17; em novembro de 2018, eram 4,776 milhões, o que significa quase 500 mil pessoas a mais. (KREIN *apud* BOMFIM, 2018)

Ademais, considerando-se a adoção do contrato intermitente e admitida a contratação no padrão “zero hora”, ou seja, sem que seja assegurado um patamar mínimo salarial caso o trabalhador não seja acionado ou seja pouco acionado, a mera formalização do contrato não implica, portanto, em aumento da renda do trabalhador.

Além de não ter cumprido - pelo menos por enquanto, a promessa de geração de empregos, a reforma trabalhista no Brasil não cumpriu a promessa de reduzir a informalidade.

Como relembra Bomfim, “segundo os defensores da reforma, novas formas de contratação, como o trabalho intermitente (sem horário fixo, ganhando pelas horas trabalhadas), levariam as empresas a formalizar seus trabalhadores”.

No entanto, verificou-se o aumento do número de trabalhadores nessas condições, que passou de 10,979 milhões em novembro de 2017 para 11,511 milhões em novembro de 2018. (BOMFIM, 2018).

Acerca da flexibilização de entrada, com a permissão de formas atípicas de contratação, Krein pontua que “a reforma rebaixou o padrão do que era considerado trabalho formal para incluir modalidades precarizadas de contrato”. (KREIN apud BOMFIM, 2018).

Segundo o mesmo Autor, a reforma enfraqueceu o enfrentamento à informalidade, fragilizou as instituições públicas do trabalho e reduziu as possibilidades de punição às empresas que sonegam o registro dos funcionários. (KREIN apud BOMFIM, 2018).

Tudo isso em contexto de intensificação da fragmentação da representação dos trabalhadores e da fragilidade dos sindicatos.[254]

Além disso, o discurso legitimador da flexibilização dos direitos trabalhistas por meio da prevalência do negociado sobre o legislado promete um valor que não será capaz de entregar: segurança jurídica.

De fato, a reforma também não cumpriu – pelo menos por enquanto – a promessa de conferir maior segurança jurídica nas relações laborais. Pelo contrário. Há vários pontos da Lei n. 13.467/17 que são questionados doutrinária e judicialmente quanto à legitimidade, validade, constitucionalidade.

Diga-se, desde logo, que a segurança jurídica, desejável como manifestação do princípio da confiança nos negócios jurídicos, criando um ambiente de estabilidade das relações sociais, não é o valor maior a ser perseguido pelo sistema pátrio, de maneira que a sua busca deve sempre vir alinhada com outros valores constitucionais que o legislador

[254] Zylberstajn sustenta que a saída para as entidades é ir às bases para convencer os trabalhadores a se filiarem aos sindicatos e aponta que a tendência é a diminuição do número de sindicatos, mas que estes fiquem mais fortes. (ZYLBERSTAJN apud BOMFIM, 2018).

pretendeu também priorizar. Dentre eles estão os direitos trabalhistas, obtidos por meio de lutas da classe trabalhadora e que se encontram protegidos pelo manto da petrealidade (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição de 1988).

Malgrado ser inegável que o período decorrido desde a vigência da Lei n. 13.467/17 ainda é curto para fins de verificação dos efeitos que se consolidarão, a partir das reformas trabalhistas que ocorreram em outros países é possível ter uma expectativa em relação ao futuro pós-reforma no Brasil.

Como exposto no capítulo 3, desde a década de 1970, se verificam medidas flexibilizatórias da legislação trabalhista no Brasil, que se intensificaram no período entre 1997 e 2002[255]. No entanto, "a flexibilização das relações de trabalho e o crescimento da subcontratação e da terceirização não geraram empregos nem melhoraram os salários". (BONFIM, 2018).

A reforma trabalhista representada pela Lei n. 13.467/17 marca uma nova fase dessa flexibilização da legislação, sob política semelhante à verificada naquele período, não havendo razões empíricas que apontem para resultado diferente do obtido à época quanto à geração de empregos e aumento de salários.

Além disso, também como exposto no capítulo 3, a partir de 2008 se intensificaram pelo mundo a utilização de medidas pró-austeridade e reformas trabalhistas[256], cujos efeitos já se apresentam e podem sinalizar o que também pode ocorrer no Brasil, em virtude da referida Lei.

Drummond aponta, a partir da pesquisa coordenada pelo economista Carlos Salas, que:

> Em todos os países investigados, as reformas trabalhistas falharam integralmente em cumprir seus objetivos. Não há evidências de que a flexibilização resulta em aumento do nível de ocupação e em menores taxas de desemprego. Ao contrário, fartos elementos demonstram que a redução da proteção ao emprego resultou em crescimento dos empregos precários, aumento da desigualdade e agravamento da segmentação no mercado de trabalho [...]. (DRUMMOND, 2017, p. 21).

No México, a reforma trabalhista de 2012 resultou em maior precarização do trabalho e aumento da desigualdade social no país. (SALAS; PERNÍAS, 2017, p. 23).

---

[255] Marcado por abertura comercial, privatizações e concessões.

[256] A partir da crise de 2008 "têm-se um novo impulso de reformas na zona do Euro", pois, com a crise da dívida pública, "a Troika (Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu, Comissão Europeia) impôs a países da zona do euro [...] uma nova rodada de reformas como parte do pacote de medidas necessárias para a negociação da dívida e obtenção de empréstimos no mercado financeiro. (DRUCK; SILVA, 2018, p. 23).

De 1950 em diante, a Espanha passou por mais de cinquenta reformas trabalhistas. Também “há prevalência do acordo de empresa sobre os demais em matéria de condições de trabalho e salário.” (ROBORTELLA, 2018, p. 95).

Mesmo assim, aquele país “apresenta elevado desemprego e um mercado de trabalho radicalmente desorganizado para os padrões dos países desenvolvidos”, cenário de deterioração da estrutura produtiva, que exige sacrifício da população. (DRUMMOND, 2017, p. 21).

Como sintetizam Salas e Pernías, a partir do que sustentam Bustillo e Esteve:

> É possível concluir que, ainda que a Espanha tenha sido um dos países que mais avançou nas reformas flexibilizantes do mercado de trabalho (no sentido de flexibilização), não houve compensação em termos de redução do desemprego – nem para a Espanha nem para outros países que passaram pelas mesmas reformas. Quando se analisa o período pré-crise e pós-crise, constata-se que as reformas falharam em diminuir a preferência das empresas pelo trabalho temporário e não trouxeram impactos positivos no emprego. Ainda que a recuperação econômica tenha aumentado os níveis de emprego, essa retomada está, em larga medida, baseada em formas de trabalho precário – vale dizer que a parcela de empregos cuja jornada não é parcial decresceu de 89% em 2007 para 87,9% em 2014. Por fim, a fragmentação do poder de negociação dos trabalhadores, em um contexto de crise, colaborou para a deflação salarial, enfraquecendo a demanda doméstica e minando um processo mais acelerado de recuperação econômica. Nesse sentido, vale mencionar que, recentemente, organizações como a OCDE e o Banco Central Europeu clamaram por aumentos salariais para fortalecer a retomada das economias (Bustillo e Esteve, 2017).” (SALAS; PERNÍAS, 2018, p. 11).

No Reino Unido, no período posterior a 2008, houve mudança evidente para as formas atípicas de contratação, que representaram 80% dos empregos criados. “Dos mais de 2 milhões de empregos criados entre 2008 e 2017, quase 50% são autônomos e cercados de 30% envolvem os chamados 'contratos zero hora'”. (DRUMMOND, 2017, p. 21).

Salas e Pernías ressaltam que ali se verificou o crescimento dos empregos precários:

> O pós-crise revelou uma tendência de crescimento dos empregos precários, que não envolvem a devida proteção legal ao trabalhador: dos 2,07 milhões de empregos criados CESIT/IE/UNICAMP Experiências internacionais 16 durante 2008-2017, quase 50% são autônomos, enquanto os contratos “zero hora” são quase 30% do total. Ou seja, 80% dos empregos criados no período são formas de emprego atípicas. O Reino Unido está presenciando a geração de uma massa de trabalhadores com uma rede de proteção ao emprego, no máximo, abaixo dos padrões adequados e, no pior cenário, precárias ou inexistentes. (SALAS; PERNÍAS, 2018, p. 15-16).

Na França, as medidas flexibilizatórias da legislação do trabalho se iniciaram na década de 1970, com a criação de novos tipos de contrato de trabalho. (DRUCK; SILVA, 2018, p. 22).

Robortella ressalta que as reformas trabalhistas na França e na Itália, entre outras temáticas e pontos de flexibilização, também encamparam a prevalência do negociado sobre o legislado. (ROBORTELLA, 2018, p. 91-93).

O Autor destaca que na Itália, lei de 2011 "permite derrogar o contrato nacional de setor e a própria lei mediante negociação coletiva, o que significa mudar o sistema das fontes", tendo havido aumento da importância e da abrangência da negociação coletiva, com estabelecimento de limites aos juízes, "que não podem apreciar o mérito de atos decorrentes do poder de gestão do empregador." (ROBORTELLA, 2018, p. 93).

No caso do Brasil, um dos efeitos possíveis da reforma trabalhista, combinada com a estratégia do governo brasileiro perante o mercado global, é a contração dos salários e a piora, em geral, das condições de trabalho e de vida da população.

Como explica Drummond, essas escolhas feitas a partir do governo de Michel Temer demonstram que ao invés de buscar renovar seu poder industrial e seguir as tendências da indústria 4.0[257] na busca de posição dominante na nova divisão internacional de trabalho[258], foi dada ênfase aos segmentos mais primitivos, em que os salários têm grande peso no preço final dos produtos. Assim, o governo "optou por concorrer diretamente com Bangladesh, Vietnã, Indonésia, Paquistão e assemelhados", ou seja, com um bloco asiático que já têm tradição mundial estabelecida e articulada ao poder produtivo concentrado na China. (DRUMMOND, 2017, p. 16-18).

Na reportagem veiculada pela revista Carta Capital em 22 de novembro de 2017, consta a comparação entre o valor do salário pago por hora, na indústria, em dólares, em alguns países. Consta que o valor no Brasil era U$2,90 (dois dólares e noventa centavos) em 2005, tendo sido reduzido o valor médio para U$2,70 (dois dólares e setenta centavos) em 2016.

Na China, o valor era bem inferior em 2005: U$1,20 (um dólar e vinte centavos), mas, em 2016, passou a ser: U$3,60 (três dólares e sessenta centavos), superando, em muito, a média brasileira.

Portanto, os dados revelam que a elevação do valor do salário não obstou o crescimento da economia chinesa.

---

[257] "combinação da indústria tradicional com internet das coisas, robótica, inteligência artificial, novas formas de comunicação, 'Big Data', aprendizado das máquinas e outros desenvolvimentos". (DRUMMOND, 2017, p. 16).

[258] Como pontua Drummond, "A reforma trabalhista do governo brasileiro incide no pleno acirramento da concorrência internacional e em meio a uma revolução da tecnologia e das atividades produtivas que redefinem o padrão de competitividade entre os países e resultam uma nova divisão do trabalho." (DRUMMOND, 2017, p. 16).

No entanto, na perspectiva proposta pelo governo brasileiro, será necessário fortíssimo arrocho salarial para superar a concorrência com países como Paquistão, onde o salário é metade do brasileiro; e Vietnã, onde equivale a um terço do pago em nosso país.

Esses dados revelam que a orientação escolhida pelo governo brasileiro "impõe a necessidade de radicalização de uma estratégia de 'competitividade espúria', que conforme define a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal) da ONU, é aquela centrada em baixíssimos salários e produtos de reduzido valor agregado." (DRUMMOND, 2017, p. 18)

Drummond ressalta a conclusão dos economistas do CESIT acerca dos possíveis efeitos da reforma trabalhista no Brasil:

> [...] não tem o poder de trazer o crescimento de volta, fragilizará ainda mais um mercado interno de dimensões continentais e ampliará a dependência do mercado externo em um contexto de radicalização da concorrência em escala global, fundada no poder das grandes corporações. Além disso, [...] não encaminha resolução satisfatória para os protagonistas atingidos, a saber, trabalhadores, empresários e governo. (DRUMMOND, 2017, p. 21).

Os dados indicam, portanto, que a reforma trabalhista não entregou o que prometeu, pelo menos até o momento, mas, diante das experiências de outros países em que foram adotadas medidas semelhantes, dificilmente o fará.

Os dados históricos demonstram que a flexibilização resulta em um ciclo vicioso de desemprego, recessão, rebaixamento de salários e da renda, o que impacta no consumo. O comprometimento do consumo afeta a produção e, portanto, obsta a geração de empregos.

Além disso, os demais propósitos declarados como justificadores da reforma trabalhista desvelam a insuficiência do pretexto da reforma.

No que diz respeito a uma suposta inadequação da legislação laboral às circunstâncias econômicas atuais e a necessidade de sua modernização, cobra relevo consignar que a legislação trabalhista brasileira não é obsoleta. Em que pese a possibilidade de serem feitas atualizações pontuais, com o passar dos anos já foram feitas 1236 pequenas alterações, corrigindo-se diversas imperfeições e inadequações com a realidade. (VIANA, 2014, p. 12)

A CLT também recebeu influxos relevantes do Texto Constitucional de 1988, sendo assim absolutamente imprópria a tese de que precisa ser modernizada como se estivesse congelada em 1943.

Ademais, estrategicamente está sendo aproveitada a disparidade de forças na negociação coletiva, numa luta desigual. Ao estabelecer a prevalência do negociado sobre o legislado como faz e no contexto descrito ao longo desta tese, é flagrante que a Lei n.

13.467/17 coloca os sindicatos amarrados no ringue para a luta, o que não contribui para criar ambiente propício ao desenvolvimento da economia. Reiterando a importância da atuação dos atores coletivos para a coesão e o equilíbrio do pacto social, Andersen pondera:

> O problema é que países com instituições fracas são incapazes de negociar acordos entre interesses conflitantes, e, consequentemente, objetivos conflitantes de bem-estar, emprego e eficiência resultam mais facilmente em trade-offs de soma zero. **A desvalorização dos salários, por exemplo, é mais provável sob um sindicalismo fragmentário. Sistemas de negociação fracos ou fragmentários podem bloquear, mais do que facilitar, a capacidade das economias de se adaptarem às mudanças.**[259] Daí que um ambiente institucional favorável pode ser tão efetivo quanto mercados livres para proporcionar flexibilidade e eficiência. (ESPING-ANDERSEN, 1994, p. 78).

A prevalência do negociado sobre o legislado e a ampliação das "liberdades" no âmbito individual e coletivo das relações laborais podem ser instrumentos de reprodução da opressão do capital sobre o trabalhador para potencializar a extração do mais valor.

Para evitar que os efeitos negativos (possíveis e consumados) das alterações decorrentes da Lei n. 13.467/17 sobressaiam em relação aos positivos, é necessário refletir sobre a existência de mecanismos e soluções – dentro do Direito e fora dele – aptos à obtenção desse fim.

Sendo o Direito, de um modo geral, uma superestrutura criada para a reprodução do sistema e manutenção da ordem conforme os interesses dos donos do mundo, contemporaneamente, os donos do capital, é viável usá-lo contra o próprio sistema?

É possível que exista uma solução dentro do Direito para evitar ou amenizar os efeitos negativos que a reforma trabalhista promoveu e pode promover com a diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado e com a potencialização da autonomia da vontade?

Em que pese o Direito e, especificamente, o Direito do Trabalho, ter função conservadora e servir ao capital, também tem função e potencial civilizatório, progressista e modernizante, a partir de direção teleológica de "melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica." (DELGADO, 2018, p. 58).

No mesmo sentido, Souto Maior e Severo ponderam:

> [...] se a legislação do trabalho não é suficiente para corrigir todos os problemas de um modelo de sociedade concentrador de renda e capaz de destruir os recursos naturais necessários à sobrevivência, ao menos serve para impedir maiores sofrimentos pelo exercício do trabalho alienado. (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017, p. 11).

[259] Um dos maiores riscos da admissão, ampla e precarizante, da prevalência do negociado sobre o legislado no Brasil, é que a negociação coletiva seja utilizada justamente para "chancelar" o esfarelamento dos direitos sociais, em contexto de sindicatos fracos, fragmentários, desacreditados e sem representatividade efetiva.

Diante disso, deve-se buscar estabelecer “aportes teóricos para corroborar uma atuação prática dentro dos limites impostos pela racionalidade jurídica, que preserve os direitos historicamente conquistados.” (SOUTO MAIOR; SEVERO, 2017, p. 12).

A construção dessa solução dentro do Direito ou a partir dele é proporcionada pelas premissas e diretrizes conformadoras do Estado Democrático de Direito brasileiro, em torno dos quais se estabelecem mecanismos e controles, tais como os critérios de hierarquia, interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, bem como de verificação da validade, legalidade, convencionalidade e suas constitucionalidade.

Por outro lado, também podem existir soluções fora do Direito (e, consequentemente, fora da previsibilidade do Direito) para evitar ou amenizar os efeitos negativos que a reforma trabalhista promoveu e pode promover com a nova diretriz, que potencializa a autonomia da vontade. São soluções que passam pela atuação da classe trabalhadora e das associações representativas, notadamente os sindicatos, bem como pela atuação dos movimentos sociais em geral. O maior desafio para tanto é resgatar a humanidade, a empatia e a solidariedade.

5.3 Análise de validade e interpretação dos dispositivos alterados pela Lei n.13.467/17 que potencializam a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado

Como já exposto no capítulo 4, o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo, sendo a Constituição o elemento garantidor da unidade de sentido dentro deste, considerada a pluralidade de fontes existentes.

Portanto, a matriz constitucional confere os parâmetros para a criação do próprio Direito, admitindo a existência das fontes não estatais e, além disso, fixa os parâmetros para a criação, interpretação e aplicação de todas as fontes normativas.

Além disso, a partir de tal matriz, para a convivência e a harmonização das normas que compõem a ordem jurídica, são estabelecidos critérios de hierarquia, de interpretação e aplicação dessas no caso concreto.

Nesse sistema normativo, os princípios têm suma relevância, pois conferem coerência ao ordenamento jurídico e estabelecem as diretrizes a serem observadas em todos esses momentos e processos jurídicos, e ganham espaço as chamadas “cláusulas gerais”260, animadas pela axiologia constitucional em sentido amplo, tendo a Constituição como eixo

[260] Em consonância com essa tendência, o Código Civil de 2002, incorporou o princípio da operabilidade ou concretude, como técnica para evitar que fique obsoleto, introduzindo cláusulas gerais (código aberto) e de conceitos de conteúdo indeterminado, definidas mediante apreciação no caso concreto, o que confere maior liberdade e flexibilidade para o intérprete, ou seja, poder ao julgador.

que fixa os direitos fundamentais e os valores que determinada comunidade tem como essenciais.

Os princípios agem como ligações, que permitem que as normas do ordenamento não fiquem isoladas, de modo a formarem blocos sistemáticos e, consequentemente, um sistema unido e coeso, que se fortalece no caminho de efetivação dos princípios que visa resguardar.

Os tratados internacionais ratificados pelo Brasil compõem o ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, como normas supralegais. Também o compõem os instrumentos internacionais não ratificados, mas que integram o sistema internacional dos Direitos Humanos e o *jus cogens* e aplicam-se na solução de casos concretos, seja na condição de costumes (art. 8º, CLT e art. 4º da LINDB - conferir); seja porque a matriz fixada na Constituição de 1988 e a diretriz nela enunciada (art. 5º, §2º), na linha das Constituições grávidas, permite a permeabilidade e o influxo das normas internacionais no sentido de, a partir da aplicação do diálogo das fontes261, densificar tal matriz axiológica.

Ademais, a Constituição de 1988 estatui no artigo 4º, inciso II, "o regime da prevalência dos Direitos Humanos como princípio republicano regedor das relações internacionais do Brasil". Assim, o comando constitucional informa o critério hermenêutico nuclear de resolução de qualquer conflito de normas que colidam com os direitos fundamentais dos indivíduos e "impõe aos Magistrados o poder-dever de irradiar a força expansiva dessas conquistas emancipatórias do homem." (MELO FILHO e ACIOLI, 2017, p. 87)

Portanto, os operadores do Direito devem se acostumar a trabalhar com todas as normas disponíveis, indo além da aplicação de leis, decretos, portarias, e utilizando efetivamente, a Constituição e as normas internacionais como norma jurídicas.262

Por outro lado, os atos normativos devem apresentar conformidade formal e substancial em relação à Constituição e às normas do sistema internacional dos direitos humanos e *jus cogens*, na esteira do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade.263

---

[261] A aplicação do diálogo das fontes à interpretação da legislação trabalhista consta, expressamente no Enunciado n. 3, aprovado na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA), nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, em Brasília.

262URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. Rev. TST, Brasília, vol. 77, nº 2, abr/jun 2011. p. 134.

[263] Na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA) em outubro de 2017, prevaleceu o entendimento, conforme consta no Enunciado n. 6, de ilegitimidade formal e material da Lei 13.467/17. Ademais, foi consolidado na primeira parte do Enunciado n. 2:

2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 Os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis, o

Esse universo normativo fornece as premissas que estabelecem limites gerais a serem observados nos negócios jurídicos e atos normativos, pois, em que pese seja admitido o pluralismo normativo e que se atribua espaço para a vontade na criação de direitos, obrigações e até das fontes autônomas, tais poderes não são absolutos e ilimitados.

Pelo contrário! A liberdade de contratar, em consonância com a matriz constitucional, sujeita-se às normas de ordem pública e aos bons costumes, e de forma ainda mais efetiva deve ser entendida como limitada à função social e se pautar pelo equilíbrio entre os interesses da pessoa e os coletivos (princípio da socialidade). O que as partes ajustam tem que ser bom e útil para a pessoa e para a coletividade, respeitando-se o princípio da dignidade humana, além da atuação leal das partes (princípio da eticidade).

Portanto, a vontade das partes, a liberdade, concorre com princípios e normas cogentes, impostos pelo ordenamento jurídico (GOMES, 2015, p. 729), na perspectiva de que o contrato é elemento de eficácia social, que deve ser cumprido em benefício da sociedade. (VENOSA, 2012, p. 363).

Tais mandamentos integram a principiologia que orienta o Código Civil de 2002, confirmando que, cada vez mais, verifica-se o entrelaçamento das normas voltadas à preservação dos interesses coletivos com as voltadas à regulamentação dos interesses individuais, a ponto de se reconhecer a relativa superação da dicotomia (também relativa) entre o direito público e o direito privado264.

Se por um lado, em consonância com a tendência que se verificou nas reformas trabalhistas realizadas em outros países do mundo, esse entrelaçamento favorece a potencialização das liberdades e a ampliação da autonomia da declaração da vontade, por outro lado, também evidencia que o intervencionismo do Estado não se verifica, exclusivamente, nas relações laborais.

Havendo limitação à autonomia da vontade nos contratos regidos pelo Direito Civil, nos quais presume-se a paridade entre os sujeitos como regra, com muito mais razão se fazem presentes o dirigismo e a limitação de tal autonomia na regulação das relações laborais, nas quais o ponto de partida é a desigualdade entre as partes.

O desafio é, portanto, estabelecer qual é a dose adequada de intervencionismo/ liberdade deve ser prescrita no âmbito individual e coletivo das relações laborais para a prevalência do negociado sobre o legislado.

---

que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das Leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis.[...]

[264] ainda que a eficácia da distinção fosse meramente conceitual, haja vista a unidade do Direito.

Assim, as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 com vistas a potencializar a autonomia da vontade e a prevalência do negociado sobre o legislado devem ser analisadas a partir das premissas e dos demais mecanismos e controles decorrentes da unidade da ordem jurídica e da centralidade dos valores constitucionalizados, isto é, às regras e princípios explícitos e implícitos no texto da Constituição (VIANA, 2000, p. 565) e no sistema internacional dos direitos humanos e *jus cogens* (art. 5º, inciso LXXVI e parágrafo 2º da Constituição).

Para tanto, devem ser considerados os parâmetros estabelecidos pela ciência jurídica acerca da hierarquia e da hermenêutica e outros, definidores da validade do negócio jurídico e do ato normativo.

Consequentemente, os processos de interpretação - a partir dos métodos gramatical, lógico, sistemático, teleológico e histórico e da interpretação normativa em conformidade com a Constituição (DELGADO, 2018, p. 273-274), integração e aplicação jurídica e os critérios de hierarquia também têm compromisso com o eixo axiológico constitucional e com a Teoria do Direito do Trabalho265, o que tem especial importância na análise da alterações decorrentes da reforma trabalhista.

Tais bases estabelecem o caminho para a identificação dos limites gerais à autonomia da vontade individual e coletiva e à prevalência do negociado sobre o legislado que a Lei n. 13.467/17 pretendeu potencializar.

Assim, passa-se à verificação de conformidade da referida Lei com o ordenamento jurídico, nas dimensões do controle de constitucionalidade, de convencionalidade, de legalidade e do plano de validade das normas.

5.3.1 Análise da conformidade formal do processo legislativo da Lei n. 13.467/17 com o ordenamento jurídico, sob o controle de convencionalidade, de constitucionalidade e no plano da validade do ato normativo

A primeira desconformidade da Lei n. 13.467/17 com o ordenamento jurídico se refere à inobservância da necessidade de consultas tripartites prévias para a alteração da legislação laboral.

Assim, como apontam Souto Maior e Rocha acerca dessa irregularidade:

> A ilegitimidade da Lei n. 13.467/17 está dada também pelo desrespeito ao fundamento básico do processo legislativo específico da legislação do trabalho, estabelecido internacionalmente desde a criação da OIT [...] que é o diálogo social

[265] Expressão utilizada por Lima com o intuito de enaltecer que o Direito do Trabalho deve ser compreendido enquanto ciência, que tem "conceitos próprios, teses, antíteses, sínteses; estuda institutos, analisa hipóteses, trata de comprovações." (LIMA, 2017, p. 3)

> (atuação tripartite, com participação de representantes dos Estados, dos empresários e dos trabalhadores). (SOUTO MAIOR; ROCHA, 2017, p. 27).

No mesmo sentido, Pimenta ressalta que houve "déficit de representatividade nos debates ocorridos durante o curto processo legislativo", pois:

> As audiências públicas realizadas no Congresso Nacional durante o período em que tramitou o projeto de lei foram rápidas, curtas, e sem efetiva participação dos atores sociais mais interessados na discussão das propostas, já que não houve um procedimento de instauração de um diálogo tripartite que envolvesse representantes legitimamente indicados por entidades sindicais empresariais e profissionais com o intuito de apresentar o ponto de vista dos dois polos das relações de trabalho. (PIMENTA, 2018, p. 103).

De acordo com o artigo 2º da Convenção n. 144 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[266], ratificada pelo Brasil, os Estados membros que a ratificam "comprometem-se a pôr em prática procedimento que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do governo, dos empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados à aplicação das normas internacionais do trabalho." (MELO FILHO; ACIOLI, 2017, p. 91).

Como ponderam Melo Filho e Acioli:

> Ainda que haja opiniões divergentes, até baseadas em precedentes da Comissão de Expertos sobre Aplicação de Convênios e Recomendações da OIT (Estudo Geral sobre Consulta Tripartite, 2000), não é razoável a exclusão da incidência da Convenção 144 ao processo de "reforma trabalhista" levado a efeito no Brasil, uma vez que os Estados Membros que a ratificaram são obrigados a informar à OIT (art. 5º, parágrafo 1º, da Convenção 144) as medidas legislativas destinadas a dar efeito às convenções da organização, imposição que, evidentemente, alcançava o Projeto de Lei n. 6.787/2016 [...]. (MELO FILHO; ACIOLI, 2017, p. 91).

Independentemente do entendimento acerca da violação da Convenção 144 e consequentemente, da inconvencionalidade formal da Lei n. 13.467/17, no mesmo processo legislativo se constata a desconformidade em relação a outras convenções ratificadas pelo Brasil, que também reclamam consultas prévias.[267]

---

[266] [...]
ARTIGO 2º
1. Todo Membro da Organização Internacional do Trabalho que ratifique a presente Convenção compromete-se a pôr em prática procedimentos que assegurem consultas efetivas, entre os representantes do Governo, dos Empregadores e dos trabalhadores, sobre os assuntos relacionados com as atividades da Organização Internacional do Trabalho a que se refere o Artigo 5, parágrafo 1, adiante. [...] ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

[267] No dia 16/6/2017, a Central Única dos Trabalhadores (CUT), a União Geral dos Trabalhadores (UGT), a Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil (CTB), a Força Sindical, a Nova Central Sindical de Trabalhadores (NCST) e a Central dos Sindicatos Brasileiros (CSB), formularam consulta à Organização Internacional do Trabalho, questionando alguns pontos do PLC 38/2017 (antigo PL 6787/2016). A resposta foi encaminhada ao Secretário de Relações Internacionais da CUT pela Diretora do Departamento de Normas

Assim, a determinação de prevalência do negociado sobre o legislado, diretriz materializada no art. 611-A, da CLT, é aspecto da Lei que deveria ensejar a realização de consultas prévias ao projeto de lei respectivo, como impõe o art. 7º da Convenção 154 da OIT, que versa sobre negociação coletiva:[268]

> Convenção 154 da OIT
> [...]
> Art. 7 — As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO).

Tais questões foram apontadas na resposta dada pela OIT à consulta feita por instituições representativas de trabalhadores brasileiros, durante a tramitação do projeto de lei da reforma trabalhista.

Além disso, em tal manifestação, a OIT ressaltou que consta na compilação dos princípios e decisões do seu Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração, bem como em outros precedentes deste órgão, que quando for introduzido um **projeto de lei que afete a negociação coletiva ou as condições de emprego**, é essencial que se proceda antes a consultas detalhadas com as organizações de trabalhadores e de empregadores interessadas. (PIMENTA, 2018, p. 104).

O maior volume de alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 na legislação trabalhista visa a afetar justamente as condições de emprego – haja vista as numerosas mudanças flexibilizatórias que reduzem direitos e garantias dos trabalhadores; e a negociação coletiva (e os sindicatos, agentes essenciais nesse processo).

A invalidade da reforma na legislação trabalhista por falta de consulta prévia tripartite envolvendo a temática da negociação coletiva e visando a "instituir uma possibilidade geral de prevalência da negociação do sobre o legislado e da possibilidade geral de prevalência da negociação coletiva sobre normas legais de caráter imperativo." (PIMENTA, 2018, 106) além de ter sido evidenciada pela OIT, foi reconhecida por magistrados trabalhistas e outros profissionais da área.

Internacionais do Trabalho, tendo sido objeto de questionamento, entre outros aspectos a necessidade de consultas prévias tripartites, da prevalência do negociado sobre o legislado, da negociação coletiva.
Na referida resposta, considerou-se que, a princípio, não haveria violação da Convenção n. 144 da OIT, mas "ressaltou-se que há diversas outras Convenções internacionais do Trabalho ratificadas pelo Brasil que poderiam estar sendo violadas sem a prévia consulta tripartite", tendo sido destacada desconformidade quanto às Convenções 154 e 155. (PIMENTA, 2018, p. 103-104).

[268] Nessa esteira, também há exigência de consultas prévias - que não ocorreram, nas Convenções 155 e 169 da OIT, que versam sobre segurança e saúde do trabalhador e sobre os povos indígenas e tribais, respectivamente.

Na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA), nos dias 9 e 10 de outubro de 2017, em Brasília, foi aprovado, entre outros, o seguinte enunciado:

> 1. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA, AUSÊNCIA DE CONSULTA TRIPARTITE E DE CONSULTA PRÉVIA ÀS ORGANIZAÇÕES SINDICAIS I. Reforma Trabalhista. Lei 13.467/2017. Incompatibilidade vertical com as convenções da OIT. Ausência de consulta tripartite. Ofensa à convenção 144 da OIT. II. Ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores. Ofensa à Convenção 154 da OIT, bem como aos verbetes 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. (ANAMATRA, 2017).

A mesma conclusão consta na Tese 2, aprovada na I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia, em julho de 2017, conforme trecho a seguir transcrito:

> [...] 2. EMENTA: Reforma Trabalhista. Lei nº 13.467/2017. Ausência de consulta prévia às organizações de trabalhadores. Ofensa à Convenção de nº 154 da OIT, bem como aos verbetes nº 1075, 1081 e 1082 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT. Inconvencionalidade. Fundamentação: [...] De maneira análoga ao controle de constitucionalidade, o controle de convencionalidade é o modo pelo qual o Poder Judiciário de cada Estado-Membro controla a adequação das estruturas normativas internas do país aos compromissos assumidos internacionalmente. Tal controle refere-se a um dispositivo jurídico fiscalizador das leis infraconstitucionais, que exerce duplo controle de verticalidade, devendo as normas internas de um país estar compatíveis tanto com a sua Constituição quanto com as convenções internacionais com as quais se comprometeu. Entende-se ser possível a adoção do controle de convencionalidade no âmbito trabalhista, pois a convencionalidade tem por suporte os tratados de proteção aos direitos humanos e uma vez que os direitos trabalhistas são considerados direitos humanos e em face da indivisibilidade da proteção desses direitos, deve-se exercer o referido controle externo. Neste sentido, a melhor jurisprudência brasileira aplica as normas internacionais na resolução das lides, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho, nas decisões dos recursos de revista dos processos RR - 1871-87.2013.5.12.0022 e RR - 77200-27.2007.5.12.0019. No primeiro caso, o tribunal posicionou-se no sentido de que **existe um efeito paralisante das normas internas que estejam em descompasso com os tratados internacionais de direitos humanos**, tratando do controle de convencionalidade das convenções nº 148 e 155 da OIT. Na segunda decisão, entendeu pela aplicabilidade da Convenção nº 98 da OIT, repudiando conduta antissindical que afrontava a liberdade sindical. Uma vez que o Brasil ingressou na referida organização, assumiu o compromisso de cumprir com seu ordenamento jurídico, garantindo que os direitos sociais rumem em direção à busca pelas melhores condições de vida digna para o trabalhador e não permitindo o retrocesso destes, ao tolher os direitos de ação e de acesso à justiça, anteriormente assegurados. Assim, **propõe-se que a Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista, seja declarada inconvencional ante a sua caracterização como menos benéfica para o trabalhador e ante o desrespeito às normas e princípios internacionais do trabalho, preconizados pela OIT, tais como a necessária consulta prévia às entidades sindicais**.
>
> Situação: aprovada por unanimidade. (grifos nossos)

Já em fevereiro de 2018, como lembra Pimenta (2018, p. 107), em outra manifestação da OIT, o "relatório geral do Comitê de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações", foram feitos comentários sobre a relação da Lei n. 13.467/17 com a Convenção 98, que versa sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva.

Como explica Pimenta, no ponto do relatório em que foi abordado o disposto nos arts. 611-A e 611-B da CLT:

> [...] o Comitê de Peritos requereu ao Governo Brasileiro, além do envio de comentários sobre as observações enviadas pelos interlocutores sociais relativas aos artigos 611-A e 611-B da CLT, que examine, mediante consulta prévia com seus interlocutores sociais, a possibilidade de revisão de tais disposições legais acrescidas pela Lei nº 13.467/2017, de maneira a adequá-las ao artigo 4º da Convenção nº 98, sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva, de 1949. (PIMENTA, 2018, p. 110).

Relembra-se[269] que as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil (neste caso específico, Convenções 98, 144 e 154) são normas supralegais, que, juntamente com outros documentos provenientes da atuação da OIT, que integram o *jus cogens* seja na condição de costumes[270]; seja por corroborarem com os princípios que ressaem do sistema internacional dos direitos humanos, visando a efetivá-los[271], compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Não há dúvidas, portanto, que a realização de consultas tripartites prévias constituem atos que deveriam ter sido praticados no processo de criação da Lei n. 13.467/17, por expressa previsão nas fontes destacadas, vez que as alterações promovidas pela referida Lei versam predominantemente, sobre matérias que afetam as condições de emprego e a negociação coletiva.

Conclui-se, portanto, pela sua inconvencionalidade, que desencadeia a eficácia paralisante das normas internacionais e, consequentemente, a declaração pelos magistrados, mediante controle difuso, da impossibilidade de sua aplicação a qualquer caso concreto.

Além disso, por negar eficácia ao disposto nos artigos 4º, inciso II, e 5º, §2º, da Constituição 1988, que estabelecem o comando para a prevalência dos direitos humanos e dos direitos e garantias que densificam a matriz civilizatória por ela adotados, também se verifica a inconstitucionalidade.

---

[269] Como já exposto nos capítulos 2 e 4 e na introdução do item 5.3 deste capítulo 5.

[270] Como devem ser considerados os precedentes do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração.

[271] Como devem ser considerados a resposta dada pelo Departamento de Normas Internacionais do Trabalho à consulta feita por associações representativas de trabalhadores brasileiros e o Relatório Geral do Comitê de Peritos em Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT.

Nesse sentido foi entendimento consolidado por Juízes e aplicadores do Direito , em outubro de 2017, durante a II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, a ilegitimidade formal e material da Lei 13.467[272]. Nesse sentido, que os enunciados 2, 3, 4[273] e 6, aprovados naquele evento. Ressalta-se, ainda, que a realização das consultas tripartites prévias eram requisito de validade da norma jurídica. Na medida em que deveriam compor o processo de criação da Lei, as referidas consultas se referem à forma que deveria ter sido observada para a validade do ato normativo.

Relembra-se, como exposto no capítulo 4, que o ato normativo se submete à análise no plano de validade, que requer a observância da forma prescrita.

Ademais, o art. 9º da CLT atua como barreira de contenção que também pode ser aplicada a atos normativos, dispondo que:

> Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação.

Assim, inobservada a forma prevista no ordenamento jurídico acerca de procedimento a ser observado na criação da Lei n. 13.467/17, constata-se a existência de defeito invalidante. O ato normativo é nulo, não produzindo, pois, qualquer efeito.

Logo, seja pelo caminho dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, a partir do diálogo das fontes (eficácia paralisante das normas internacionais em relação às quais se verifica a desconformidade); seja pelo caminho da análise do ato normativo no plano de validade (nulidade por vício de forma que impede a produção de efeitos) deve ser declarada no caso concreto a inaplicabilidade da Lei n. 13.467/17.

No entanto, ainda que não se adote o entendimento acerca da inaplicabilidade da Lei n. 13.467/ 17, seu conteúdo também se submete a tais mecanismos de controle e de verificação da extensão da eficácia, como demonstrado adiante em relação aos preceitos que versam sobre a prevalência do negociado sobre o legislado e que pretendem potencializar os efeitos da autonomia da vontade nas relações laborais.

---

[272] Trata-se da mesma conclusão apontada na Tese 1 da I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia, realizada em julho de 2018.

[273] Enunciado 4: [...]

4. FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA DO DIREITO DO TRABALHO. LEI 13.467/2017 A Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, não afetou os fundamentos do Direito do Trabalho positivados na CLT (art. 8º), bem como os princípios da proteção (títulos II a IV), da primazia da realidade (arts. 3º e 442), da irrenunciabilidade (arts. 9º e 468), da norma mais favorável, da imodificabilidade contratual em prejuízo do trabalhador (art. 468), da supremacia do crédito trabalhista (arts. 100 da CF e 186 do CTN) e dos poderes inquisitórios do juiz do Trabalho (art. 765), dentre outros, cuja observância é requisito para a validade da norma jurídica trabalhista.

[...]

5.3.2 Análise da conformidade dos dispositivos da Lei n. 13.467/17, que enaltecem a autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado, com o ordenamento jurídico, sob o controle de convencionalidade, de constitucionalidade e no plano da validade do ato normativo

De modo geral, é evidente que a reforma trabalhista não pretendeu ampliar direitos e garantias dos trabalhadores. Pelo contrário, como exposto no capítulo 3, é muito claro que a Lei n. 13.467/17 é ato político que se insere em contexto ideológico que busca o esvaziamento do Direito do Trabalho. Isto como se a autonomia da vontade, fundamento do Direito Civil, fosse quase suficiente para regular as relações laborais, e como se pudesse fazer desaparecer a desigualdade que constitui a gênese do Direito do Trabalho e o distingue daquele, de modo a justificar a imperatividade de algumas normas.

Portanto, a Lei n. 13.467/17 é parte de "um processo institucional e jurídico regressivo, no sentido de afastar, ao máximo, do campo das relações trabalhistas, a matriz constitucional da centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida socioeconômica." (DELGADO, 2018, p. 274).

Traçando um panorama geral sobre as alterações decorrentes da referida Lei, Delgado aponta que esta:

> [...] suprimiu ou encolheu garantias e direitos trabalhistas sedimentados, elevou o poder unilateral do empregador na gestão do contrato de trabalho, desregulamentou e/ou flexibilizou, em distintos pontos, a imperatividade das normas trabalhistas, exacerbou os poderes flexibilizatórios da negociação coletiva sindical. Se não bastasse, diminuiu, sem dúvida, o papel do processo judicial trabalhista como instrumento de efetividade do Direito do Trabalho na economia e na sociedade brasileiras. (DELGADO, 2018, p. 274).

O conteúdo das alterações decorrentes da Lei n. 13.467/17 que versam sobre a prevalência do negociado sobre o legislado e que pretendem potencializar os efeitos da autonomia da vontade nas relações laborais também deve ser analisado a partir de aspectos definidores de eficácia dos negócios jurídicos e das normas, para constatar, do ponto de vista da ciência jurídica, qual é a real extensão das alterações promovidas pelo referido diploma legal.

A princípio, o conteúdo da referida Lei deve ser submetido aos controles de constitucionalidade e de convencionalidade, sendo que a nossa análise será apresentada em três partes.

A primeira se refere às alterações de dispositivos que se relacionam à parte geral da legislação trabalhista, englobando fontes e princípios, bem como à tentativa de limitação do ativismo judicial.

Na segunda parte, serão investigadas as alterações que visam a potencializar a autonomia da vontade individual.

Por fim, serão analisadas as alterações que visam a potencializar a autonomia da vontade coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado.

Além disso, as alterações pontuais na legislação, pertinentes aos temas destacados supra também se submetem à verificação da existência de defeitos invalidantes, a partir do plano de validade dos negócios jurídicos e dos atos normativos.

5.3.2.1 Da análise dos dispositivos que versam sobre fontes, princípios e atuação do Poder Judiciário, alterados pela Lei n. 13.467/17

Alterações de aspectos pontuais da legislação trabalhista, relativos à potencialização da autonomia da vontade individual e coletiva e da prevalência do negociado sobre o legislado, em diversos aspectos, certamente seriam vistos como incompatíveis com os princípios e institutos do Direito do Trabalho.

Para dar ares de compatibilidade desses pontos com o Direito do Trabalho e assegurar a possibilidade, pelo menos, de forma abstrata, de prevalecer a proposta flexibilizatória, foi preciso também alterar pontos gerais e estratégicos da legislação.

Por isso, como exposto no capítulo 3, a Lei n. 13.467/17 promoveu alterações de dispositivos que se referem à parte geral da legislação trabalhista, envolvendo fontes, critérios de relacionamento e de hierarquia entre as fontes, princípios, e limites à atuação do Poder Judiciário.

Quanto a tais aspectos, constata-se, como ressaltam Almeida e Almeida (2018a, p. 54-55), que o intuito foi limitar as fontes do Direito do Trabalho e afastar a imperatividade das normas trabalhistas[274], bem como instituir "como critério e solução de antinomias entre as normas que compõem o Direito do Trabalho, o princípio da aplicação da norma mais

[274] "o que se procurou alcançar fazendo prevalecer convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho sobre a legislação, afastando a aplicação de instrumentos coletivos por meio do contrato individual de trabalho e, ainda, desvinculando a disciplina da relação entre capital e trabalho e da relação de emprego da Constituição e dos tratados sobre direitos humanos, valendo acrescentar que ela também procura negar a imperatividade das normas trabalhistas por meio da permissão para a submissão dos conflitos trabalhistas individuais à arbitragem (art. 507-A da CLT)." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, p. 54).

favorável ao capital e ao empregador, em ambiente, inclusive, de fragilidade da esmagadora maioria dos sindicatos brasileiros."[275]

No que se refere às **fontes do Direito do Trabalho**, destaca-se que o artigo 8º, da CLT, foi alterado. A nova redação[276] prevê que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, sem fazer qualquer ressalva acerca da compatibilidade com os princípios deste como era previsto na redação anterior.

A alteração vem combinada com as de outros preceitos, com vistas a fazer parecer viável, para a solução de conflitos, a aplicação subsidiária de normas *não compatíveis* com os princípios do direito do trabalho.

Foram também modificados dispositivos que consagram **princípios** definidores da relação entre as fontes do Direito do Trabalho e que compõem a fisionomia desse ramo jurídico. As alterações - sobretudo a combinação dos artigos 611-A, 611-B, e 620[277], além do artigo 444, parágrafo único, todos da CLT – convergem no propósito de valorização da autonomia da vontade no âmbito individual e da negociação coletiva e da prevalência do negociado sobre o legislado, ainda que em detrimento dos interesses do trabalhador, mitigando, assim, o princípio da norma mais favorável, que constitui o cerne para estabelecer a hierarquia das fontes no Direito do Trabalho, bem como o princípio da condição mais benéfica.[278]

As mudanças decorrentes da Lei n. 13.467/17 estão todas interligadas, na medida em que a alteração dos princípios, impacta na alteração do modo de compreensão das fontes normativas, da relação entre estas (hierarquia), da interpretação e aplicação no caso concreto.

Complementando essa lógica e com vistas a assegurar a efetivação do objetivo de moldar um mecanismo dentro do próprio direito do trabalho e com ares de legitimidade[279]

---

[275] Corroborando com o que já foi exposto no capítulo 3, os autores apontam que a fragilidade "foi acentuada pela *reforma trabalhista*, que retira dos sindicatos a sua principal fonte de custeio, em suma o que se pretende é minimizar custos e maximizar lucros (o resulta na maximização das desigualdades sociais), utilizando-se, como instrumento, a negociação coletiva." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, p. 54).

[276] Artigo 8º, §1º, CLT.

[277] O artigo 620 da CLT, que passou a prever que o acordo coletivo prevalece sobre a convenção coletiva.

[278] Pois o parágrafo único do artigo 444 da CLT admite como válido o ajuste feito quanto às matérias objeto do artigo 611-A da CLT, entre o empregador e empregado "portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social".

[279] Haja vista a atuação do sindicato e o uso de meio democrático de solução de conflitos e de criação de normas jurídicas, que é a negociação coletiva.

para desconstruí-lo, a Lei determina que o Poder Judiciário se paute pelo princípio da intervenção mínima.[280]

No espectro mais amplo dessas alterações, como explicam Almeida e Almeida, "o que se busca é afastar a natureza especial do Direito do Trabalho, diante da possibilidade de ser aplicado na solução dos conflitos trabalhistas de normas do direito comum que contrariem os seus princípios." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018b, p. 57).

Como ressalta Severo, para a análise das alterações pretendidas pela Lei n. 13.467/17 quanto à interpretação e à aplicação das normas trabalhistas, "o ponto de partida está em compreender que toda interpretação/ aplicação de um conjunto de regras deve observar o princípio que o institui, sob pena de perder a sua própria razão de ser." (SEVERO, 2017, p. 29).

No caso do Direito do Trabalho, "o princípio que institui o conjunto de regras trabalhistas é a proteção", que se justifica historicamente, "para impor alguns limites à tendência natural da relação de exploração do trabalho pelo capital, a fim de seguir sustentando, também para o trabalhador, a condição de 'sujeito de direitos'." (SEVERO, 2017, p. 31).

Corroborando com o que já foi exposto, Almeida e Almeida (2018a, p. 53) ressaltam que foram aspectos essenciais para a proteção dos trabalhadores por meio do Direito do Trabalho o aumento da desigualdade social e da pobreza, inclusive com risco para a democracia. Essa proteção resultou de longo período permeado por conflitos, compromissos, lutas e negociações, de maneira que, por não ser "proprietário de bens, o trabalhador se transforma em proprietário de direitos". (CASTEL, 2012, p. 314).

A "assimetria objetiva presente na relação social do trabalho" é que justifica a ausência de neutralidade da estrutura de poder criada para minimizá-la. (SEVERO, 2017, p. 32).

O viés social e intervencionista do Direito do Trabalho decorre da desigualdade inerente às relações laborais que regula, como exposto nos capítulos anteriores.

Portanto, a desigualdade justifica a proteção, que decorre das próprias fontes materiais desse ramo jurídico; é o que lhe confere fundamento. Pode até variar a intensidade da proteção e da intervenção, mas não há como extirpar a limitação da autonomia da vontade das partes do Direito do Trabalho, pois esse aspecto decorre da sua própria gênese.

---

[280] Princípio que, como exposto, passou a constar no art. 8º, §3º da CLT em virtude da Lei n. 13.467/17. Portanto, trata-se de princípio criado por força de lei, sem que tenha um substrato sólido construído no campo da sociedade.

Adotando vertente diferente, mas com o mesmo resultado de afastar a aplicação da Lei n. 13.467/17, Severo ressalta uma compreensão que resgata a definição clássica de princípio. Identifica-o como "o que está no início, o que justifica a edição de um determinado conjunto de regras de conduta social." Assim, considera que a função do princípio, enquanto elemento de normatividade, passa a ser a de fundamentar a aplicação ou o afastamento de determinada regra, no caso concreto. (SEVERO, 2017, p. 33).

Diante disso, Severo conclui que, "no princípio está a proteção e se a afastarmos, nós desconfiguraremos esse Direito, não porque retiramos a sua essência, mas porque retiramos a razão pela qual ele foi criado e existe até hoje, sua função." (SEVERO, 2017, p. 33).

Converge com tal entendimento a Tese n. 3 aprovada na I Jornada da Associação Juízes para Democracia, em julho de 2017:

> 3. EMENTA: Hermenêutica trabalhista. O princípio da proteção deve ser compreendido como fundamento para a aplicação de uma regra jurídica, sob pena de não ser reconhecida como norma jurídica trabalhista. Fundamentação: **O compromisso, o que está no princípio do Direito do Trabalho, é a proteção a quem trabalha, para o efeito de estabelecer a exploração possível, ou seja, um conjunto mínimo de normas que permitam que o trabalho continue sendo explorado pelo capital, mas dentro de certos parâmetros considerados aceitáveis.** Daí porque na origem das normas tipicamente trabalhistas encontramos a força organizada dos trabalhadores, que pressionaram e arrancaram conquistas sociais, contra a vontade do capital, mas também encontramos a necessidade da sociedade (de dar conta do número expressivo de trabalhadores mutilados ou doentes) e a necessidade do próprio capital (de ter consumidores). **O art. 8º da CLT mantém sua redação atual, dispondo ao final que as fontes formais, dentre as quais os princípios, devem ser aplicadas "sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público"**. O Direito do Trabalho rompe com a lógica do direito comum ao potencializar a conduta dos atores sociais na formação de direitos que visem à melhoria das condições de vida dos trabalhadores. Sempre na perspectiva da proteção (seu princípio fundamental) o Direito do Trabalho atribui maior relevância ao que se passa no plano dos fatos, em detrimento da forma. Por isso mesmo, não faz nenhum sentido aplicar ao Direito do Trabalho a técnica desenvolvida em um raciocínio jurídico que esse novo direito se propõe a superar. Se tentarmos compreender o Direito do Trabalho com a racionalidade do direito comum, ele perderá sentido. Essa perda de sentido será tanto maior, sob a perspectiva trabalhista, quanto a sujeição a essa técnica cientificista servir para diminuir os direitos sociais que compõem o Direito do Trabalho. **O Direito do Trabalho aparece no contexto dessa lógica capitalista como o limite da exploração possível, daí a razão pela qual em seu princípio instituidor encontramos a proteção a quem trabalha**. Como ensina Warat, o discurso jurídico tem sempre um potencial subversivo, que atua como renúncia, resistência e crítica, exatamente como devem atuar as normas trabalhistas, reforçando sua "autonomia" em relação ao Direito Civil, exatamente para produzir "rachaduras" que permitam não apenas o reconhecimento da "questão social" que está por trás das fórmulas jurídicas, mas também toda a perversidade que tais fórmulas permitem seja reproduzida na realidade cotidiana da vida dos trabalhadores e trabalhadoras. **Então, precisamos nos afastar da compreensão de princípio como espécie de norma jurídica, que ao lado das regras, pode ser aplicado diretamente, para retomar o conceito clássico de princípio como o que está no início de determinado conjunto de regras e deve atuar como fundamento para a aplicação ou o afastamento da regra**. Situação: aprovada por unanimidade. (grifos nossos)

Portanto, o princípio da proteção atribuiu a fisionomia tutelar ao Direito do Trabalho juntamente com os princípios constitucionais, já abordados no capítulo 2 da tese, e tanto aquele como estes são balizadores dos limites da autonomia privada juntamente com o princípio da vedação ao retrocesso social; princípio da progressividade; princípio da norma mais favorável; princípio *in dubio pro homine*; princípio da indisponibilidade; e princípio da irrenunciabilidade.

Tais princípios compõem o núcleo da Teoria do Direito do Trabalho, que se coaduna e se presta a concretizar os objetivos e fundamentos que constam na Constituição de 1988 (artigo 1º, III a IV; artigo 3º, I a III; artigo 7º, *caput*; artigo 170; artigo 186 e artigo 193).

Assim, os direitos e garantias trabalhistas são fundamentais, dada a sua relação e capacidade de efetivação da dignidade da pessoa humana, sendo resguardados como cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição de 1988).

Além disso, esse núcleo integra o escopo do Sistema Internacional de Direitos Humanos (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Declaração de Filadélfia, de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998; e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil) e do *jus cogens*.

Ademais, perante a comunidade internacional, o Brasil se comprometeu a respeitar, promover e realizar concretamente os direitos humanos, de aplicação direta e imediata, conforme artigos 4º, II e 5º, §§1º e 2º, da Constituição de 1988, e em tratados e convenções sobre direitos humanos aos quais aderiu (artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados; artigos 2º, 3º e 4º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos[281]; artigo 20 da Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 1988 e Declaração Sociolaboral do MERCOSUL de 2015). (ALMEIDA e ALMEIDA, 2018a, p. 58)

Portanto, justifica-se a preservação da peculiaridade, da especialidade do direito do trabalho em relação ao Direito Civil, por ser o trabalho a principal forma de inserção e de participação social, com potencial para conferir efetividade à matriz civilizatória constitucional.

---

[281] Dispõe o artigo 1º, inciso 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos:
"Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos
1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social."

Ressaltando a importância do Direito do Trabalho, Almeida registra que há muito tempo este "ultrapassou a concepção restritiva de proteção do contratante vulnerável e adotou concepção bem mais ampla, que é a promoção e proteção da dignidade humana na realização da justiça social, cidadania e democracia." (ALMEIDA, 2018a, p. 67).

Nesse sentido, Almeida e Almeida explicam que:

> [...] a natureza especial do Direito do Trabalho não é uma mera concessão legislativa, mas decorre da ***essencialidade***, individual e social dos direitos que assegura aos trabalhadores, tendo em vista que se trata de direitos de dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia. Ademais, no *caput* do art. 8º é expressamente determinado que, na solução dos conflitos trabalhistas sejam respeitados os princípios do direito do trabalho, o que torna certo que não pode ser aplicada, na solução do conflito trabalhista, norma de direitos civil que contrarie princípio do Direito do Trabalho." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018b, p. 57).

A vinculação entre a valorização social do trabalho (e, pois, do próprio direito do trabalho) com a dignidade humana, a justiça social, liberdade, cidadania e democracia, evidenciam a dimensão política do Direito do Trabalho, de maneira que a reforma que pretende afetá-lo é também política. À medida que retira direitos dos trabalhadores, enfraquece-os politicamente, pois tais direitos são o caminho para a satisfação de suas necessidades e para que haja possibilidade de efetivação da cidadania e de democracia. (ALMEIDA, 2018a, p. 68).

Assim, a tentativa de afastar a especialidade do Direito do Trabalho em relação ao Direito Civil; de afastar a imperatividade das normas; de alterar as fontes e princípios do Direito do Trabalho se dá num contexto de retomada de poder, com vistas a fazer surgir um "*Direito do Trabalho de exceção*[282] *[...]*, desvinculado da tutela e promoção da dignidade humana do ser que trabalha e realização da justiça social, cidadania e democracia". (ALMEIDA, 2018a, p. 67).

No entanto, ao se examinar quais são as fontes formais que regem o Direito do Trabalho, em primeiro lugar, não se pode perder de vista as fontes materiais desse ramo jurídico, dentre as quais se incluem os princípios, pois é deles que ressaem suas características, sua fisionomia, em torno da qual se estabelecem outros princípios, institutos e normas e que consolidam o Direito do Trabalho como ciência.

Portanto, as fontes formais se estabelecem a partir de uma fundação que primeiro foi erigida por aquelas fontes materiais e que dela não podem ser separadas.

Por mais que a lei ordinária pretenda autorizar a aplicação do Direito Civil às relações laborais mesmo quando não se verificar a compatibilidade com o Direito do

[282] Dias se refere a Direito do Trabalho do Inimigo (DIAS, 2017, p. 460)

Trabalho, a fundação das fontes materiais deste permanece e inviabiliza essa operação, pois implicaria negar eficácia ao núcleo que compõe a própria gênese do Direito do Trabalho e que não decorre simplesmente da lei; é muito mais profundo do que isso e tem respaldo constitucional e na ordem internacional.

Corroborando com esse entendimento, Delgado e Delgado apontam que a Lei n. 13.467/17 viola, em grande medida, **a estrutura normativa de proteção ao trabalho humano prevista na Constituição de 1988 e no Sistema Internacional de Direitos Humanos**, assentada nos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social e que, portanto, **"não absorve as regras desregulamentadoras e flexibilizadoras radicais da Lei da Reforma Trabalhista do País."** (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 74).

Ademais, o ordenamento jurídico deve ser compreendido em sua unidade e em consonância com o "regime" e os princípios que compõem a matriz civilizatória fixada pela Constituição de 1988, como esta determina, expressamente, no artigo 5º, §2º.[283]

Assim, **não é porque uma lei ordinária suprimiu do texto do dispositivo o requisito da compatibilidade entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil, que este poderá ser aplicado como fonte subsidiária para reger as relações laborais, sem ressalvas**.

Em que pese a reforma trabalhista agredir o princípio da proteção e vários outros nucleares do Direito do Trabalho, bem como o princípio da vedação ao retrocesso social e o princípio da progressividade da condição social dos trabalhadores, "contrariando a Constituição, desrespeitando obrigações assumidas perante a comunidade internacional e os princípios mencionados", visando à **"mutação genética do Direito do Trabalho"** (ALMEIDA, 2018a, p. 61), **um ato político, como a Lei n. 13.467/17, não derroga ciência; não neutraliza princípios da teoria do Direito do Trabalho.** (LIMA, 2017, p. 3).

Ademais, ainda que não bastassem todos esses fundamentos expostos, à mesma conclusão se chega a partir da análise do *caput* do próprio artigo 8º, da CLT, que prevê que a solução no caso concreto será dada, principalmente, por princípios e normas gerais do Direito do Trabalho:

> [...] Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade **e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho**, e, ainda, de acordo com os usos e

[283] Art. 5º [...]:
§2º. "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

> costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.
> [...]
> § 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. (grifos nossos).

Assim, ainda que a intenção tenha sido a de permitir o afastamento dos princípios e normas do Direito do Trabalho nos casos de julgamento a partir de fontes subsidiárias, o legislador manteve no *caput* do dispositivo a diretriz que coloca como fonte primeira e principal o Direito do Trabalho.

Sendo fonte principal, o que significa ser a fonte central, cardeal, a solução no caso concreto se dá em consonância com esta.

Além disso, o artigo 8º da CLT não é o único dispositivo celetista que trata de aplicação de fontes subsidiárias. Integra, juntamente com os artigos 769[284] e 889[285], ambos da CLT, um conjunto que aponta "regras de contenção do direito comum e do direito processual comum." (HAZAN, 2018, p. 17).

Assim, esse conjunto sinaliza que a aplicação das fontes subsidiárias no Direito do Trabalho, no processo do trabalho e na execução trabalhista dependem da compatibilidade com os princípios fundamentais deste ramo jurídico.

Portanto, considerada a unidade do ordenamento jurídico e os critérios de interpretação teleológico e sistemático, não se poderia interpretar a regra do artigo 8º de forma diversa das outras duas que versam sobre a mesma temática relativa ao critério de aplicação de fontes subsidiárias, apesar de se referirem ao plano processual.

Conclui-se, portanto, que o artigo 8º, §1º, da CLT, não chega a necessitar de declaração de inconstitucionalidade nem de inconvencionalidade, por não afrontar diretamente nenhuma norma constitucional nem o sistema internacional dos direitos humanos e o *jus cogens*.

No entanto, há risco de que lhe seja atribuída interpretação não condizente com a diretriz constitucional e das normas internacionais, o que será um erro, conforme exposto, a ser combatido pelos aplicadores do Direito, que devem, a partir da "hermenêutica comprometida com o que institui o Direito do Trabalho", considerar as fontes a partir do "pressuposto de supremacia do interesse público, tendo como objetivo a necessidade de materializar a proteção a quem trabalha." (SEVERO, 2017, p. 43).

---

[284] "Art. 769 - Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título."
[285] "Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal."

Conforme exposto, além de se constatar que a Lei n. 13.467/17 não afetou as fontes do Direito do Trabalho e que o direito comum se aplica apenas como fonte subsidiária em caso de compatibilidade com o núcleo da teoria do Direito do Trabalho, constata-se que não houve abalo aos **princípios,** que devem ser considerados para definir a hierarquia entre as fontes e nas operações jurídicas de interpretação, integração e aplicação destas.

A reforma trabalhista, ao alterar (e criar) princípios, pretende afetar a própria gênese do Direito do Trabalho para tentar viabilizar que a negociação coletiva possa ser usada para o rebaixamento de direitos e de garantias já consolidados.

Logo, a Lei n. 13.467/17 pretende colocar o Direito do Trabalho contra ele mesmo, atacando-o por dentro, visando à sua implosão.

A *"rejeição à principiologia de proteção ao trabalho humano demarcada pela Constituição e pelos diplomas internacionais trabalhistas"* (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 74) é, portanto, a principal estratégia da reforma trabalhista para fazer efetivar o propósito de flexibilização e esvaziamento do Direito do Trabalho.

Tal estratégia integra o processo de desarticulação das premissas de proteção ao trabalho vinculadas aos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, assentadas nas bases constitucionais[286] e no conjunto normativo de proteção aos direitos trabalhistas firmado na perspectiva do Sistema internacional de Direitos Humanos[287] e dos *jus cogens*. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 73).

No entanto, como sintetiza Severo, "as regras de conduta social emanadas pelo Estado só serão realmente normas jurídicas trabalhistas se estiverem fundamentadas na noção de proteção a quem trabalha e na exata medida em que concretizarem esse princípio." (SEVERO, 2017, p. 33).

Assim, em consonância com o que foi exposto retro, como a Lei n. 13.467/17, em seu conjunto de disposições e diretrizes propostas afronta o princípio da proteção e toda a sistemática a ele vinculada, deve-se afastar a aplicação da referida Lei a qualquer caso concreto envolvendo relações laborais. (SEVERO, 2017, p. 33).

"A proteção é o que legitima a regra trabalhista, está nela necessariamente 'grudada', sob pena de invalidade, em razão da quebra da função do ordenamento jurídico trabalhista." (SEVERO, 2017, p. 37).

---

[286] Como decorre do art. 1º, III a IV; art. 3º, I a III; art. 170 e art. 193 da Constituição Federal de 1988.

[287] Composto pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Declaração de Filadélfia, de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998; e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil.

Ademais, a Lei n. 13.467/17 submete-se ao juízo de constitucionalidade e ao *controle de convencionalidade*, a partir dos quais verifica-se que a estrutura normativa constitucional e internacional não viabilizam a subversão dos princípios pretendida com a reforma trabalhista, como já destacado supra.

Assim, pode-se considerar que os dispositivos da Lei n. 13.467/17 que visam a afastar a principiologia da Teoria do Direito do Trabalho consistem em objeto ilícito do ato normativo, sendo, portanto, nulos, não produzindo qualquer efeito. A nulidade das alterações promovidas pela referida Lei, por terem conteúdo que rompe com a historicidade que justifica a existência do Direito do Trabalho também é reconhecida na Tese n. 1, aprovada na I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia:

> 1. EMENTA: A Lei 13.467/17 é ilegítima, no sentido formal e material, devendo ser integralmente rejeitada.
> Fundamentação: [...] **Como se não bastassem esses vícios de origem, precisamos atentar para o fato de que toda interpretação/ aplicação de um conjunto de regras deve observar o princípio que o institui, sob pena de perda de sua própria razão de ser. Pois bem, no caso do Direito do Trabalho, o princípio que institui o conjunto de regras trabalhistas é a proteção**, que não decorre de circunstâncias pessoais de quem trabalha, nem da maldade ou bondade do empregador. **A proteção se justifica historicamente como uma forma de tentar manter a promessa da modernidade, de que todos são destinatários da norma jurídica. O Direito opera no nível do discurso, da linguagem. Como instrumento de conservação da ordem (das coisas exatamente como elas estão) precisa reproduzir a promessa fundamental da modernidade, de que a dominação servil seria substituída pela igualdade e pela liberdade.** As regras trabalhistas foram criadas, portanto, para impor alguns limites à tendência natural da relação de exploração do trabalho pelo capital, a fim de seguir sustentando, também para o trabalhador, a condição de "sujeito de direitos". Mesmo que durante o contrato ele siga precisando comportar-se como mercadoria, os limites (de duração de trabalho, remuneração mínima, vedação de alterações lesivas; ambiente saudável, etc) servem para seguir convencendo-o de que também é destinatário da ordem jurídica e tem, pois, sua humanidade preservada. **O princípio da proteção a quem trabalha, que determina a existência de regras trabalhistas, dá, portanto, a medida da exploração possível**. Pois bem, **se reconhecemos isso, precisamos também reconhecer que regras de conduta social emanadas pelo Estado só serão realmente normas jurídicas trabalhistas se estiverem fundamentadas na noção de proteção a quem trabalha e se concretizarem esse princípio**. **Trata-se de uma compreensão de princípio como o que está no início, o que justifica a edição de um determinado conjunto de regras de conduta social. Por consequência, uma regra que nega a proteção não adquire a condição de norma jurídica trabalhista. A Lei 13.467/17, do início ao fim, nega a proteção. Mesmo seus autores admitem que essa legislação foi editada com a finalidade de promover proteção ao tomador do trabalho. Logo, suas regras não são trabalhistas e, como tal, não podem ser aplicadas, sob pena de subverterem a ordem do sistema de proteção a quem trabalha, negarem a Constituição e, portanto, romperem com a historicidade que justifica a existência de um Direito do Trabalho e de uma Justiça do Trabalho**. A Lei 13.467/17 não apenas é editada dentro de um conjunto sistemático de regras que precisam ser assim compreendidas (como partes de um sistema no qual a Constituição de 1988 apresenta-se como vetor), mas também cria regras para serem enxertadas na CLT, sem alterar suas normas gerais (tais como o art. 9º ou o 765). Portanto, como discurso jurídico, **essa lei precisa ser compreendida a partir das normas já**

> **contidas na CLT e do que estabelece a Constituição de 1988**. Onde uma tal interpretação não for possível, não será possível aplicá-la. Lendo-a, não é difícil perceber que suas regras não resistem, realmente, ao exame de sua compatibilidade com a proteção que poderia torná-la norma jurídica trabalhista. [...]As regras acerca da gratuidade, piores que aquelas inscritas no CPC, negam completamente a razão pela qual temos um processo do trabalho. [...] e **todas as demais alterações promovidas pela Lei 13.467/17 negam claramente a noção de proteção e as diretivas que justificaram a existência do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho. Por consequência, atraem a incidência da regra do art. 9o da CLT, que as torna nulas. Sob a perspectiva constitucional, negam *caput* e todo o conteúdo do artigo 7o da Constituição, sendo então inconstitucionais. Do ponto de vista da hermenêutica jurídica, negam a razão histórica pela qual o Direito do Trabalho reconhece fontes formais produzidas de modo autônomo, pelas partes.** A conclusão só pode ser a de que a Lei 13.467/17 não é uma lei trabalhista. Suas regras, porque ferem a proteção que justifica e legitima a existência do Direito do Trabalho, são qualquer coisa, menos normas jurídicas trabalhistas. Expressam um desejo de destruição que certamente será rechaçado por quem lida diariamente com essa relação social [...] É, então, forçoso concluir que a Lei 13.467/17 não poderá ser aplicada. Ao contrário, deverá ser completamente rejeitada, expulsa - formal e materialmente - do ambiente jurídico do Direito do Trabalho, como uma célula cancerígena que se não for neutralizada e extirpada o quanto antes, poderá provocar a morte do corpo que habita.
> Situação: aprovada por unanimidade. (grifos nossos)

O defeito invalidante dos dispositivos da Lei n. 13.467/17 é grave a ponto de acarretar a inconstitucionalidade destes, por terem conteúdo que afronta os princípios que compõem a gênese do Direito do Trabalho.

A Lei "não possui legitimidade porque fere os princípios constitucionais da prevalência dos Direitos Humanos, da progressividade (melhoria da condição social dos trabalhadores) e da função social da livre iniciativa, da propriedade e da economia, com vistas à construção da justiça social. Princípios reconhecidos formalmente pela Constituição Federal de 1988, mas rasgados cotidianamente pelo Estado e pela classe dominante." (SOUTO MAIOR e ROCHA, 2017, p. 28)

Além disso, como exposto, é flagrante a desconformidade da orientação axiológica decorrente dos dispositivos alterados com a Lei n. 13.467/17 com a que ressai da estrutura normativa do sistema internacional dos Direitos Humanos e do *jus cogens*.

A inversão de valores que emana da Lei n. 13.467/2017, como ressaltam Delgado e Delgado, *"desnatura o conceito de direito fundamental ao trabalho digno* ao dificultar a inclusão social regulada e protegida do obreiro ao mercado de trabalho, circunstância que potencializa os contornos de mercantilização do trabalho humano [...]".(DELGADO; DELGADO, 2018, p. 74).

Nesse sentido, constata-se a inconvencionalidade da Lei n. 13.467/17, por desconformidade à determinação que veda que o trabalho seja tratado como mercadoria,

expressa no Tratado de Versalhes, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração de Filadélfia.

Além disso, a reforma trabalhista "[...] *também desnatura o conceito de justiça social* - meta da OIT direcionada ao amplo acesso à justiça e aos direitos trabalhistas que se encontra alicercada nos princípios da proteção, da progressividade social e da vedação ao retrocesso"; e *necessária para a paz universal e duradoura*, a partir do que se apreende da Constituição da OIT (em 1919 e 1946) e da Declaração de Filadélfia, de 1944. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 74).

Assim, quanto a esse aspecto, considerada a Lei n. 13.467/17 em seu conjunto material, verifica-se a inconvencionalidade, bem como a inconstitucionalidade, vez que a justiça social é incorporada na principiologia e regramento jurídicos da Constituição de 1988, com destaque para o artigo 3º, I e III, e artigo 170, III e VIII. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 74).

Conclui-se, portanto, que **malgrado o claro propósito da reforma trabalhista de afastar a principiologia própria do Direito do Trabalho, afastando o caráter imperativo das normas e admitindo a potencialização da autonomia da declaração da vontade, isso não se efetiva no caso concreto, pois tais princípios estão engendrados numa teia muito mais densa e com fundações mais profundas, que não podem ser alcançadas pelo ato político que é a Lei n. 13.467/17**.

Assim, como exposto supra, deve ser reconhecida a inconstitucionalidade e a inconvencionalidade dos dispositivos da CLT que foram alterados pela referida Lei que colidem com a orientação principiológica da Teoria do Direito do Trabalho, que permanece inabalada em todas as dimensões e processos jurídicos de interpretação, integração e aplicação das normas.

Corrobora com tal entendimento a tese do Enunciado 4, que foi aprovado na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada em 2017:

> [...] 4. FUNDAMENTOS, PRINCÍPIOS E HERMENÊUTICA DO DIREITO DO TRABALHO. LEI 13.467/2017 A Lei 13.467/2017, da Reforma Trabalhista, não afetou os fundamentos do Direito do Trabalho positivados na CLT (art. 8º), bem como os princípios da proteção (títulos II a IV), da primazia da realidade (arts. 3º e 442), da irrenunciabilidade (arts. 9º e 468), da norma mais favorável, da imodificabilidade contratual em prejuízo do trabalhador (art. 468), da supremacia do crédito trabalhista (arts. 100 da CF e 186 do CTN) e dos poderes inquisitórios do juiz do Trabalho (art. 765), dentre outros, cuja observância é requisito para a validade da norma jurídica trabalhista. (grifos nossos).

No bojo das alterações que visam a afetar de forma ampla os princípios nucleares do Direito do Trabalho, insere-se, mais especificamente, a tentativa de **mudança do critério de definição da hierarquia das normas fontes normativas desse ramo jurídico, com a mitigação do princípio da norma mais favorável e do princípio da condição mais benéfica**.

Como exposto no capítulo 2, o princípio da norma mais favorável ressai do *caput* do artigo 7º, da Constituição, que prevê que são assegurados direitos aos trabalhadores "além de outros que visem a melhoria de sua condição social [...]". Ademais, o referido princípio tem respaldo em diversas declarações e tratados de direitos humanos que integram o *jus cogens*[288], estando expresso no artigo 29[289] da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ademais, o princípio da norma mais favorável permite a efetivação na prática do escopo dos princípios da vedação ao retrocesso social e da progressividade, que, como já exposto nos capítulos 2 e 4, também decorrem do artigo 7º, da Constituição de 1988 e coadunam com o disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC (artigos 5º, inciso 2290; e 2º[291]) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa (artigos 29 e 26[292]).

288Como já visto, o *jus cogens* constitui Direito imperativo para os Estados e figura no topo da hierarquia das fontes do Direito Internacional, como uma "supralegalidade internacional", composto por todas as normas peremptórias (Carta das Nações Unidas, Declaração Universal de Direitos do Homem, Pactos Internacionais aprovados pelas Nações Unidas), inclusive princípios e costumes. PEREIRA apud PIOVESAN, 2013. p. 129).

[289] Dispõe o referido artigo:

"**Artigo 29. Normas de interpretação**

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d.excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 493).

[290] "Artigo 5º.

[...]

2. Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau." [...]. (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 442).

[291] "Artigo 2º.

1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas." [...]. (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 441).

[292]**"**Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da

Corroborando com a interpretação que decorre de tais princípios e reforçando a confluência entre as fontes normativas nacionais e transnacionais para que se efetivem condições dignas de trabalho e de vida, tem-se o princípio pro homine293, consagrado na Convenção de Viena (artigos 26 e 27), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, sociais e Culturais (artigo 5º, inciso 2), na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica (artigo 1º, inciso 1)294, no Protocolo de São Salvador (artigo 4º).

Portanto, o conjunto normativo composto pelas normas constitucionais e fontes internacionais fornecem as bases teóricas fundamentam o Direito do Trabalho, sendo imprescindível que a leitura do Direito seja feita em sua integralidade, através do diálogo das fontes, inclusive para justificar a impossibilidade de prevalência da teoria da flexibilização e, notadamente, a ideia de prevalência do negociado sobre o legislado quando ensejar retrocesso ou impedir a progressividade dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, entre os quais se inclui o Direito do Trabalho.

Acerca da mitigação pretendida em relação ao que informam tais princípios, Almeida e Almeida ressaltam que "a reforma trabalhista interferiu na pluralidade das fontes do Direito do Trabalho e na relação entre elas, o que se fez, principalmente, ao adotar a regra da prevalência do negociado sobre o legislado". A referida regra é consagrada no artigo 611-A, da CLT, mas reforçada pelo disposto no parágrafo 3º, dos artigos 8º e 620, ambos da CLT[295]. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 63).

Tais dispositivos evidenciam que a reforma visa à aplicação compulsória das normas decorrentes de acordos e de convenções coletivas de trabalho; "a prevalência decretada, desmedida e incondicionada", como se pudesse ser reputada válida norma autônoma inclusive *contra legem*, em afronta à Constituição, a partir de um novo princípio hermenêutico da legislação do trabalho subordinado: "da **prevalência incondicionada** das normas dos acordos

---

Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 492).

293 Como explicam Almeida e Almeida (2017, p. 174) "este princípio informa que, entre uma solução, legislativa, administrativa ou judicial, que prestigia o capital e, outra, que prestigia a melhoria da condição humana do trabalhador, é esta que deve prevalecer."

294 **"**Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social." (CHAGAS; MIESSA, 2016, p. 486).

295 que, como já exposto, respectivamente, procura limitar a atuação do Poder Judiciário e estabelecer a prevalência do acordo sobre a convenção coletiva, ainda que não seja a norma mais favorável para o trabalhador.

coletivos do trabalho e das convenções coletivas sobre as normas legais, favoreçam ou não o empregado." (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 50-51).

Evidente, portanto, que a reforma trabalhista tenta tornar viável que a negociação coletiva[296] possa ser utilizada como instrumento para chancelar o esvaziamento do Direito do Trabalho, para a retirada de direitos e de garantias consolidados.

A regra de prevalência do negociado sobre o legislado, da forma como propugna a Lei n. 13.467/17 mitiga tanto o princípio da norma mais favorável (art. 611-A c/c art. 611-B e art.620, todos das CLT) quanto o princípio da condição mais benéfica (art. 444, parágrafo único, da CLT).

Como explicam Almeida e Almeida, a Lei n. 13.467/17 também "impôs a regra da prevalência do contrato individual de trabalho sobre os instrumentos coletivos", quando atendidos os requisitos do art. 444, parágrafo único, da CLT[297]:

> Trata-se, portanto, da adoção do primado do contrato individual do trabalho sobre o negociado, que parte da premissa, sem qualquer evidência empírica, de que o trabalhador na situação mencionada no citado dispositivo possui liberdade real para, em condições de igualdade concreta, definir em conjunto, com seu empregador, as suas condições de trabalho." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018, p. 63).

No entanto, como já exposto, de modo geral, a Lei n. 13.467/17 não afeta as fontes nem os princípios que constituem o núcleo do Direito do Trabalho[298], dentre os quais se inserem os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica.

Corrobora com tal entendimento a tese do Enunciado 29, que foi aprovado na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada em outubro de 2017:

> 29. NORMAS COLETIVAS: PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA I. Normas coletivas. Princípio da norma mais benéfica. Os acordos coletivos firmados não prejudicarão direitos garantidos pelas convenções coletivas de trabalho, em respeito à aplicação do princípio da norma mais favorável (art. 7º, *caput*, CF). Com efeito, a nova redação do artigo 620 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017, não exclui a aplicação do princípio da norma mais favorável, de orientação e aplicação no Direito do Trabalho. **II. Ademais, prevalecem em todo caso, em relação à matéria negociada, os princípios da proteção, e da inafastabilidade da tutela jurisdicional**. III. A auditoria fiscal do trabalho possui o dever de exigir o cumprimento das normas laborais mais favoráveis ao trabalhador, o que inclui a possibilidade de verificação da aplicabilidade ou não d de convenções e acordos coletivos de Trabalho sob aquela sistemática. (grifos nossos)

---

[296] E do contrato individual de trabalho, no caso do empregado que atenda aos requisitos do art. 444, parágrafo único, da CLT.

[297] No caso de o trabalhador empregado ser portador de diploma de nível superior e perceber salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social.

[298] No mesmo sentido são as Teses n. 1 e 3, aprovadas na I Jornada Trabalhista da Associação Juízes para a Democracia já destacadas ao longo desse tópico.

Ademais, como será exposto mais detalhadamente adiante, quando da análise dos dispositivos da Lei n. 13.467/17 que potencializam a autonomia da vontade coletiva, a negociação coletiva não pode ser utilizada para fins contrários ao determinado no *caput* do artigo 7º da Constituição de 1988:

> [...] insistentemente, a Lei n. 13.467/2017 busca descaracterizar o sentido constitucional de proteção ao trabalho. É que a Constituição se inspira no conceito de negociação coletiva trabalhista como instrumento de *aperfeiçoamento das condições de trabalho* (o princípio da norma mais favorável, aliás, é que abre o *caput* do art. 7º da Constituição Federal, em cujos incisos VI, XIII e XVI se insere a referência à negociação coletiva trabalhista). Não há, na Constituição e nas normas internacionais vigorantes no Brasil, a ideia de negociação coletiva trabalhista como veículo para a precarização de direitos individuais e sociais fundamentais trabalhistas. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 79).

Portanto, as alterações que visam a alterar os princípios que interferem na hierarquia das normas trabalhistas também são inconstitucionais por afrontarem o disposto no art. 7º, *caput*, da Constituição de 1988 e, de forma mais ampla, as premissas de proteção ao trabalho vinculadas aos princípios vetores da dignidade da pessoa humana e da justiça social, assentadas na Constituição: artigos 1º, incisos III a IV; 3º, incisos I a III; 7º, incisos I a XXXIII; 170; 186 e 193.

Também se verifica a inconvencionalidade, por afronta às disposições constantes no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa, na Convenção de Viena e no Protocolo de São Salvador e, de modo geral, ao conjunto normativo de proteção aos direitos trabalhistas firmado na perspectiva do Sistema internacional de Direitos Humanos[299] e dos *jus cogens.*

Como exposto supra e no capítulo 3, a alteração em torno das fontes do Direito do Trabalho veio combinada com as que tentam estabelecer limites à atuação do Poder Judiciário, para restringir:

a) o ativismo judicial e a interpretação, integração e aplicação das normas pelo julgador no caso concreto (**artigo 8º, §2º, CLT**), inclusive fixando, *diretamente*, os critérios e o procedimento para a criação de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme (**artigo 702, *f*, da CLT**); e

[299] Composto pela declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; Declaração de Filadélfia, de 1944; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais da OIT, de 1998; e amplo rol de Convenções Internacionais do Trabalho da OIT ratificadas pelo Brasil.

b) a análise da validade de acordos e convenções coletivas de trabalho, que ficaria limitada ao exame dos requisitos constantes no artigo 104 do Código Civil (prevista no **artigo 8º, §3º, CLT** e reproduzida no **artigo 611-A, §1º, da CLT**[300]).

Como já exposto no capítulo 3, a intenção é limitar a jurisdição na tentativa de "proteger" as mudanças abstratas decorrentes da Lei n. 13.467/17 da sua aplicação concreta pelos Tribunais do Trabalho, para que se efetive, na prática, a flexibilização, sob a chancela da negociação coletiva, de direitos e garantias assegurados pelas fontes heterônomas de regulação das relações laborais.

Assim, o Estado se livra do peso político da flexibilização, e ao mesmo tempo esta se torna muito mais eficaz, como já mencionado no capítulo 3,

Cuidou o legislador de fazer constar expressamente no **artigo 8º, §2º, CLT**, que súmulas e enunciados de jurisprudência não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas na lei.

No entanto, como ressalta Koury, "as súmulas representam uma interpretação reiterada de norma legal em determinada direção, compatível, portanto, com a lei, sem que importe em sua restrição ou ampliação." (KOURY, 2018, p. 88).

Assim, a disposição é absolutamente desnecessária, evidenciando o propósito de "restringir ou até mesmo impedir a prestação jurisdicional em um momento que cada vez mais é valorizada a atuação da jurisprudência, como restou mencionado com relação à Teoria dos Precedentes, prevista nos artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil". (KOURY, 2018, p. 88).

Como lembra Severo (2017, p. 41), "a regra enxertada na CLT está na contramão" até mesmo da orientação de "sumular entendimentos, preconizada no Documento Técnico n. 319 do Banco Mundial", destacado no capítulo 3.

Além disso, quanto à previsão do artigo 8º, §3º, CLT (e, consequentemente, do art. 611-A, §1º, da CLT), como apontam Pires e Barbosa, o Poder Legislativo impôs clara e radical limitação da atribuição constitucional do Poder Judiciário, na medida em que, ao julgar, "o objeto de suas decisões não irá além de um juízo de conformidade, estritamente lógico e formal, ou seja, vazio de conteúdo". (PIRES; BARBOSA, 2017, p. 68).

Os Autores apontam que a enumeração das matérias que não poderiam ser objeto de negociação coletiva, indicada no artigo 611-B, da CLT, combinada com as disposições do

[300] Como o empregado enquadrado no disposto no art. 444, parágrafo único, da CLT, teria, segundo a disposição legal, capacidade para negociar as matérias previstas no art. 611-A, da CLT, a limitação à atuação do Poder Judiciário, estabelecida no §1º deste dispositivo também se aplicaria na análise de validade do ajuste individual entabulado nessas condições.

artigos 8º, §3º, e 611-A, §1º, ambos da CLT, que se referem à análise exclusivamente acerca da conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, tem o propósito de limitar a compreensão da ilicitude do objeto àquele rol, limitando ainda mais a atuação do aplicador do Direito no caso concreto. (PIRES e BARBOSA, 2017, p. 68).

Reforçando o propósito de resumir o exame dos instrumentos normativos a uma questão de validade formal (Almeida e Almeida, 2018a, p. 51), é anunciado no artigo 8º, §3º, CLT o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva a balizar a atuação do Poder Judiciário, deixando ainda mais evidente que a restrição visa a impedir que este exerça o seu papel fiscalizador quanto à função social dos contratos (SOUZA, 2018, p. 17).

Portanto, constata-se que as alterações na legislação constituem tentativa de limitação da jurisdição, que colidem com o direito de ação assegurado no artigo 5º, XXXV, da Constituição de 1988, que assegura que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

Ademais, afronta o princípio da separação dos Poderes, resguardado como cláusula pétrea na Constituição de 1988 (artigos 2º e 60, §4º, inciso III), pois foram, claramente, impostas pelo Poder Legislativo ao Poder Judiciário limitações à ação de julgar, o que somente poderia decorrer da Constituição, "pois dela se origina a competência que ao Judiciário foi outorgada[301], de modo a garantir a independência e confirmar a harmonia entre os poderes." (PIRES; BARBOSA, 2017, p. 71).

Como aponta Souza, as alterações que limitam a atuação do Poder Judiciário e colocam em risco o equilíbrio entre os Poderes em detrimento de princípios e de direitos constitucionais, podem ser tão prejudiciais à segurança jurídica quanto ativismos judiciais:

> Assim como ativismos judiciais podem prejudicar a segurança jurídica, abusos legislativos que contradigam princípios constitucionais igualmente retiram a legitimidade dos atos praticados por mandatários infiéis às propostas firmadas pelo texto constitucional para os cidadãos que os elegeram. Não pode o Judiciário prejudicar direitos; também não o pode fazer o Poder Legislativo; por isso se diz que os Poderes são constitucionalmente iguais - em direitos e deveres, inclusive o de não prejudicar o cidadão". (SOUZA, 2018, p. 21).

Converge com tais fundamentos o entendimento que prevaleceu na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho realizada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA), em outubro de 2017, consolidado no Enunciado n. 2, que ressalta a inconstitucionalidade do artigo 8º, §§ 2º e 3º, e do artigo 611-A, §1º, ambos da CLT:

---

[301] Conforme art. 114, I a VIII, da Constituição de 1988.

> 2. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEI 13.467/2017 Os juízes do Trabalho, à maneira de todos os demais magistrados, em todos os ramos do Judiciário, devem cumprir e fazer cumprir a Constituição e as Leis, o que importa no exercício do controle difuso de constitucionalidade e no controle de convencionalidade das Leis, bem como no uso de todos os métodos de interpretação/aplicação disponíveis. nessa medida:
> **I. Reputa-se autoritária e antirrepublicana toda ação política, midiática, administrativa ou correicional que pretender imputar ao juiz do Trabalho o "dever" de interpretar a Lei 13.467/2017 de modo exclusivamente literal/gramatical**;
> **II.** A interpretação judicial é atividade que tem por escopo o desvelamento do sentido e do alcance da Lei trabalhista. É função primordial do Poder Judiciário trabalhista julgar as relações de trabalho e dizer o direito no caso concreto, observando o objetivo da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Exegese dos artigos 1º, 2º, 3º, 5º, inciso XXXV, 60 e 93, IX e 114 da CRFB;
> **III. Inconstitucionalidade do § 2º e do § 3º do artigo 8º da CLT e do artigo 611-a, §1º, da CLT**. Será inconstitucional qualquer norma que colime restringir a função judicial de interpretação da Lei ou imunizar o conteúdo dos acordos e convenções coletivas de Trabalho da apreciação da Justiça do Trabalho, inclusive quanto à sua constitucionalidade, convencionalidade, legalidade e conformidade com a ordem pública social. Não se admite qualquer interpretação que possa elidir a garantia da inafastabilidade da jurisdição, ademais, por ofensa ao disposto no art. 114, I, da CF/88 e por incompatibilidade com os princípios da separação dos poderes, do acesso a Justiça e da independência funcional. (grifos nossos).

Diante desses fundamentos, conclui-se pela inconstitucionalidade dos dispositivos que estabelecem limitação à atuação do Poder Judiciário: artigo 8º, §§ 2º e 3º, e no artigo 611-A, §1º, ambos da CLT, pois não pode a Lei ordinária limitar a jurisdição ao "dever" de interpretar a Lei n. 13.467/17 de modo exclusivamente literal/gramatical; nem à mera análise da conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico no exame de convenção e de acordo coletivo de trabalho, pautando-se pela intervenção mínima da autonomia da vontade coletiva.

Cabe ainda acrescentar que apesar de indicado "princípio da intervenção mínima" no artigo 8º, § 3º, da CLT, não há, de fato, um princípio em tal enunciação. Nem ao Direito Civil serviria, haja vista a "'invasão' do interesse público, contaminando regras que pressupõem a igualdade dos litigantes." (SEVERO, 2017, p. 42).

Como pontua Streck, "os princípios não existem sem a historicidade do direito" e "normatividade suficiente" (STRECK, 2011, p. 581).

No mesmo sentido, Silva explica que os "princípios são regras que nascem da observação do comportamento social ou da lógica dos institutos ou dos ramos jurídicos. Não é comum que um princípio, não tendo sido detectado no âmbito social, seja criado à força por uma lei ordinária." (SILVA, 2017, p. 114).

Assim, como resume Dias:

> [...] esse princípio não existe no mundo jurídico. ou melhor, só passa a existir no plano formal, com a vigência da lei. Não existe nenhuma construção teórica que justifique a sua existência nem tampouco qualquer validação conceitual que torne pertinente a sua inserção em um texto legal. Com efeito, é sabido que um princípio não precisa estar inscrito em nenhum texto de lei para ser uma norma [...]. Por outro lado, é igualmente verdadeiro o fato de que uma lei não tem o condão de 'criar' um princípio [...]. (DIAS, 2017, p. 464).

Mesmo que não fosse o caso de declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos destacados retro para impedir a interpretação que restringe a atuação do Poder Judiciário ao exame meramente formal dos acordos e convenções coletivas, o resultado não seria a limitação pretendida pelo legislador. Isto porque entre os elementos a serem considerados para a validade do negócio jurídico, incluem-se o objeto (lícito, física e juridicamente possível e determinado) e a ausência de vícios sociais e de consentimento.

A licitude do objeto não se limita a uma análise hermética e rígida a partir de um rol de matérias que o legislador tentou enumerar no art. 611-B, da CLT.

A prestação estabelecida como objeto do negócio não pode estar em desconformidade com o ordenamento jurídico; não pode ser contrária ao Direito (que engloba os princípios e a regras jurídicas), à moral e aos bons costumes.[302]

Além disso, o objeto, entre outros aspectos, deve ser juridicamente possível, ou seja, não pode ser vedado pelo Direito. A prestação não pode ser bem, direito ou garantia em relação ao qual o negócio jurídico seja proibido.

Assim, em que pese o acordo e a convenção coletiva serem fontes normativas autônomas, a desconformidade de suas cláusulas (objeto) com o eixo de princípios, regras e institutos do Direito do Trabalho, que garante um patamar civilizatório mínimo[303], enseja a nulidade, com respaldo no próprio art. 104 do Código Civil.

Ademais, a exigência de objeto lícito se coaduna com a regra geral da teoria das nulidades no Direito do Trabalho, segundo a qual o ato não pode impedir ou fraudar a legislação trabalhista (art. 9º, da CLT).

Assim, se o objeto de acordo ou convenção coletiva afronta a lei, os princípios, a moral e os costumes, impedindo ou deixando de aplicar a legislação trabalhista, se verifica

---

[302] Em consonância com o princípio da boa-fé (eticidade), expresso no art. 113 do Código Civil:
"Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração."

[303] Quanto a esse aspecto, destaca-se o Enunciado n. 44, aprovado na II Jornada de Direito Material e Processual da Anamatra, realizada em outubro de 2017:
"44. NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO É nula cláusula normativa, por quebra das características fundantes do direito do trabalho como ramo jurídico especializado, quando importar violação ao patamar civilizatório mínimo (artigos 9º, 444, 468 e 611-A da CLT)".

defeito invalidante, sendo nula a cláusula ou até mesmo todo o instrumento normativo, a depender do caso concreto.

Certamente, não era essa a intenção do legislador reformista[304], mas a previsão de que a análise deve ser feita quanto aos elementos no plano de validade dos negócios jurídicos não enseja uma verificação meramente superficial, viabilizando a verificação do próprio conteúdo do acordo ou da convenção coletiva para identificar a licitude do objeto, que não se restringe à matéria regulada na cláusula normativa.

A análise da licitude do objeto é ampla, viabilizando a adoção dos controles de convencionalidade e de constitucionalidade para verificar se as cláusulas normativas dos acordos e das convenções coletivas estão em consonância com os princípios e a regras jurídicas; a moral; os costumes e se versam sobre bem, direito ou garantia em relação aos quais não seja vedada a transação e o negócio jurídico não seja proibido.

Portanto, poderá a Justiça do Trabalho declarar nula cláusula de acordo ou de convenção coletiva de trabalho que verse sobre direitos e garantias indisponíveis e que visem a deixar de aplicar ou a fraudar a legislação trabalhista.

Nessa linha, como ressaltam Almeida e Almeida (2018, p. 57-58) "é nula cláusula convencional que, por exemplo: a) desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação das normas regentes da relação de emprego (art. 9º e 444, *caput*, da CLT); b) violar liberdades individuais, liberdades coletiva e direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores (art. 83, IV, da Lei Complementar n. 75/93); c) violar direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho estão sujeitas ao controle de constitucionalidade); d) contrariar tratados de que o Brasil seja signatário, notadamente aqueles que asseguram direitos humanos trabalhistas (acordos coletivos de trabalho e convenções coletivas de trabalho estão sujeitas ao controle de convencionalidade).

Ademais, mesmo no âmbito do Direito Civil a validade do negócio jurídico é condicionada à observância dos princípios da socialidade e da eticidade.

Assim, ao fazer menção expressa no artigo 8º da CLT de que o Direito Civil é fonte subsidiária do Direito Trabalho, o legislador admite, expressamente, a aplicação das teorias e institutos daquele ramo jurídico, tais como o direito das obrigações, a teoria do fato jurídico e da análise dos negócios jurídicos no plano da validade.

---

[304] Pelo contexto da reforma trabalhista, pela exposição de motivos do relatório do projeto de lei substitutivo e pelas próprias alterações na legislação promovidas pela Lei 13.467 de 2017, é evidente o propósito de restringir a análise de validade dos instrumentos normativos pelo Poder Judiciário.

Portanto, mesmo que o §3º do artigo 8º não fizesse menção expressa ao art. 104 do Código Civil, este se aplicaria para o exame da validade dos acordos e das convenções coletivas.

Além disso, a aplicação não pode ser fragmentária, ou seja, para a verificação da validade de tais instrumentos normativos o exame não se limita ao que está escrito no texto do art. 104 do Código Civil, exigindo que se importe o que está assentado em torno do dispositivo legal, que engloba, portanto, que a análise se faça em consonância com os princípios mencionados, observando-se se o ato e seu conteúdo se harmonizam com o princípio da função social da propriedade, pois não basta que seja útil para as partes, o negócio deve ser bom e justo também para a coletividade.

Ressalta-se, ainda, que os princípios da socialidade e da eticidade também têm respaldo na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe, nos artigos 5º e 17:

> [...] Art.5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.
> [...]
> Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.
> [...] (grifos nossos).

Assim, a verificação dos elementos de validade do negócio jurídico viabiliza a análise quanto à conformidade do objeto com ordenamento jurídico, o que engloba a consonância com os princípios, regras, a moral e os costumes.[305]

Além disso, não podem existir vícios de consentimento[306] nem sociais no negócio jurídico.

Como exposto no capítulo 4, a lesão é uma espécie de vício de consentimento, na qual há presunção de que uma das partes abusa de estados psicológicos da outra, violando o princípio da boa-fé objetiva[307]. A lesão se caracteriza quando se verificam, no momento da celebração do negócio jurídico: desproporção considerável entre as prestações, que gere prejuízo; e o elemento subjetivo, que, dentre as hipóteses possíveis, no caso das negociações

---

[305] Como lembra Silva, são exemplos de cláusulas inconstitucionais e imorais de instrumentos normativos as que admitem: a contratação de mão de obra infantil; o uso de mão de obra juvenil noturna; a vedação ao direito de greve. (SILVA, 2017, p. 26).

[306] Quando a vontade não é expressada de maneira absolutamente livre e de boa-fé, caracteriza-se a existência de vício de consentimento, que pode se expressar nas seguintes modalidades: erro, dolo, coação, lesão ou estado de perigo, tornando o ato jurídico, geralmente, **anulável**.
O art. 144, do Código Civil dispõe sobre a possibilidade de convalescimento do ato, consagrando o princípio da conservação, que é a regra para resguardar a eficácia jurídica.

[307] Levando à mitigação do fundamento de que o direito não deve tutelar os negligentes.

coletivas, é mais provável que seja a premente necessidade do sindicato profissional no contexto da negociação.

Como exposto nos capítulos 2, 3 e 5 (item 5.2), os sindicatos no Brasil, antes de 11 de novembro de 2017, quando passou a vigorar a Lei n. 13.467/17, em sua esmagadora maioria, não se encontravam em posição de paridade para negociar com os empregadores e suas associações representativas de classe.

A situação se agravou ainda mais, como exposto no capítulo 3, com as mudanças sobre o custeio sindical promovidas pela Lei n. 13.467/17, que extinguiu a contribuição obrigatória e com a vedação à ultratividade dos efeitos dos instrumentos normativos, com a incorporação no art. 614, §3º da CLT[308] do entendimento do STF.

Portanto, já acontecia de acordos e convenções coletivas de trabalhos serem utilizados para chancelar, com ares de legitimidade, a retirada de direitos e de garantias já conquistados e reconhecidos no contexto das relações laborais.

As lutas dos sindicatos da categoria profissional, de um modo geral, passaram a ser não mais predominantemente voltadas para a melhoria das condições de direitos e de garantias e de ampliação, mas sim para "negociar" condições de redução salarial e de ajustes de jornada com vistas a preservar empregos, bem como para admitir planos de demissão voluntária ou incentivada.

Assim, em tese, já seria possível a declaração da nulidade do instrumento normativo por deformidade no consentimento em virtude de lesão, ante a premente necessidade de manter os empregos, ou seja, a subsistência dos trabalhadores.

Com as alterações decorrentes da Lei n. 13.467/17 foi ampliada, teoricamente, a autonomia dos sindicatos, mas esta não se faz real da noite para o dia, mediante ato político. Pode até se construir e se tornar efetiva com o tempo, mas a Lei não promove a emancipação nem o fortalecimento automático dos sindicatos.

Assim, pode até ser que, no futuro, a longo prazo, os sindicatos se fortaleçam, mas o fato é que no momento atual, notadamente quando ainda tentam se organizar e se manterem vivos no contexto da perda considerável da sua principal fonte de custeio - o chamado "imposto sindical", tem sido comum que os sindicatos de ambas as categorias, desvirtuando-se do disposto no artigo 8º, da Constituição de 1988, enfatizem na negociação não os interesses das categorias envolvidas e dos sujeitos representados, mas a necessidade premente

[308] Na contramão da Súmula 277 do TST.

de sobreviver, estabelecendo, para tanto, alternativas de custeio, em troca do despojamento de direitos e de garantias.

Assim, torna-se ainda mais factível a declaração de nulidade de instrumento normativo por lesão após as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 da CLT, se identificado que, no caso concreto, a negociação enfatizou em suas cláusulas aspectos que não sejam voltados à efetiva tutela dos interesses dos representados e a partir das quais se constate uma desproporção considerável entre as perdas e os ganhos para a categoria profissional representada.

Em que pese o Código Civil tratar como anulável o negócio jurídico no qual se caracterize a lesão como defeito invalidante, como exposto, no âmbito trabalhista há regra geral enunciada no art. 9º da CLT, que impõe a nulidade do ato.

Além disso, a negociação coletiva é um processo complexo, que envolve um contexto e um conjunto de reivindicações, de maneira que quando se verifica lesão, que é justamente a desproporção, o desequilíbrio entre os ônus e os bônus, não se mostra viável a atuação do Poder Judiciário para estabelecer um equilíbrio entre as cláusulas normativas, de modo a sanar o vício, sendo mesmo o caso de declarar nulo o instrumento normativo.

Por todo o exposto, conclui-se que quanto às alterações relativas à parte geral do Direito do Trabalho, verifica-se a inconstitucionalidade de diversos aspectos da Lei n. 13.467/17, na tentativa de fazer viabilizar seus dois objetivos claros: limitar as fontes deste ramo jurídico e afastar a imperatividade das normas trabalhistas e substituir o princípio da aplicação da norma mais favorável aos trabalhadores pela regra de aplicação da norma mais favorável ao capital.[309] (ALMEIDA, 2018a, p. 55-57).

Tendo-se em vista que a combinação dos artigos 8º, §§2º e 3º; 611-A; 611-B; e 620, da CLT, acarretam negação à principiologia própria do Direito do Trabalho, viabilizando que a declaração da vontade possa por em risco normas imperativas, que estabelecem o conjunto de direitos e de garantias considerado como patamar civilizatório mínimo, inclusive para permitir que a negociação coletiva seja utilizada como mecanismo para chancelar a desconstrução dessas conquistas, constata-se a afronta ao disposto nos artigos: 1º, inciso II; 3º; 7º, *caput*; 60, §4º, inciso IV; 170, *caput*; 186, incisos III e IV, todos da Constituição.

Além disso, por tentar limitar a jurisdição com o escopo de "proteger" e concretizar os propósitos por trás da Lei n. 13.467/17, constata-se também a inconstitucionalidade por afronta ao direito de ação assegurado no art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988, e ao

[309] Como evidencia o art. 620 da CLT, que prevê a prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção, mesmo que o primeiro não seja a norma mais favorável ao trabalhador.

princípio da separação dos Poderes, resguardado como cláusula pétrea na Constituição de 1988 (artigos 2º e 60, §4º, inciso III).

A análise acerca da possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado, inclusive *in pejus*, se refere à própria análise de validade dos dispositivos que potencializam a autonomia individual e coletiva, de maneira que estas questões serão analisadas nos itens adiante.

5.3.2.2 Da análise de constitucionalidade e de validade dos dispositivos que versam sobre a potencialização da autonomia da vontade individual, alterados pela Lei n. 13.467/17

Hazan ressalta que as figuras criadas pela reforma trabalhista nos artigos 444-A e 507-A, ambos da CLT, inauguram o conceito de "'negociado sobre o legislado' no plano do direito individual do trabalho." (HAZAN, B, 2018, p. 88).

A partir do disposto no artigo 507-A, da CLT, o empregado que tenha patamar salarial diferenciado, enquadrando-se na faixa definida pelo legislador (salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do regime geral da Previdência Social) poderá pactuar cláusula compromissória de arbitragem.

Assim, como ressalta Hazan, de acordo com tal dispositivo legal, os empregados que se enquadrarem no conceito proposto poderão firmar um compromisso arbitral e, com isso, afastar, definitivamente a jurisdição trabalhista e negar a indisponibilidade de seus direitos[310]. Significa dizer que "poderão dispor livremente de seus direitos trabalhistas (ainda que de maneira desfavorável, contrária à lei ou aos instrumentos normativos de sua categoria)" (HAZAN, 2018, p. 88).

Além disso, os empregados enquadrados na mesma faixa salarial prevista no artigo 507-A, da CLT, mas que, além disso, tenham diploma de nível superior - o que, pelo disposto no artigo 444, parágrafo único, da CLT, enseja suposto discernimento, poderão estipular com seus empregadores cláusulas contratuais que "prevalecerão, independentemente de mais ou menos favoráveis, sobre a lei e sobre os instrumentos normativos de sua categoria, desde que tratem dos temas elencados no artigo 611-A da CLT". (HAZAN, 2018, p. 88).

---

[310] Como ressalta Silva (SILVA, Homero, 2017, p. 98), "o entendimento majoritário no âmbito trabalhista vai no sentido e que os créditos do empregado são irrenunciáveis - e, portanto, imunes a atos unilaterais dos empregados ou a acordos extrajudiciais não revestidos de formalidades - mas não chegam ao patamar do indisponível - pois, do contrário, nem ao menos poderia haver prescrição trabalhista ou acordo judicial, com ou sem concessões recíprocas. É como se a irrenunciabilidade, tão estudada pelos tratadistas juslaborais, estivesse num degrau abaixo ou numa dimensão de menor densidade da indisponibilidade [...]." O Autor também ressalta que os direitos indisponíveis não são passíveis de negociação, renúncia ou transação, o que também consta, expressamente, no art. 1º da Lei 9.307/96.

Portanto, como explicam Almeida e Almeida (2018a, p. 52-53), na perspectiva do "processo de privatização da disciplina da relação entre capital e trabalho e da relação de emprego, a *reforma trabalhista* também estabeleceu a regra da prevalência do contrato individual de trabalho sobre os instrumentos coletivos"[311], se enquadrado o empregado no conceito proposto no artigo 444, parágrafo único, da CLT.

Como ressalta Mendes, a construção de uma regra de fixação da autonomia através do quesito renda e da educação formal, em simetria com a representação sindical, ainda que para os fins específicos do artigo 611-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, **desqualifica o próprio conceito de autonomia privada coletiva como constitucionalizado**, já que as entidades sindicais constituem espécies de associações civis dotadas de prerrogativas institucionais específicas, como a representação institucional de um fenômeno socioeconômico que é a categoria profissional, com todas as críticas e reservas que se possa ter ao regime de representação indicada na Constituição da República. (MENDES, 2017, p. 446).

Além disso, Almeida e Almeida ressaltam a inexistência de qualquer evidência empírica, de que na situação descrita no referido dispositivo legal o trabalhador "possui liberdade para, em condições de igualdade com o seu empregador, definir suas condições de contratação e trabalho." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, p. 52).

No mesmo sentido, Muradas (2017, p. 178) aponta que não há "lastro jurídico sólido" para "estabelecer a disponibilidade de direitos em face de uma suposta hipovulnerabilidade econômica e higidez presumida da consciência por instrução de nível superior [...]."

Os Autores apontam, ainda, a contradição entre o *caput* e o parágrafo único do artigo 444 da CLT, na medida em que aquele estabelece a prevalência dos instrumento normativos sobre os contratos, mas este prevê que há situações (as do artigo 611-A, da CLT e observados os requisitos do parágrafo único do artigo 444, da CLT) em que os contratos individuais prevalecem sobre os instrumentos normativos. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, p. 52).

Almeida e Almeida (2018a, p. 52) ressaltam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 444 da CLT, por contrariedade à norma do artigo 7º, XXVI, da Constituição de 1988, que impõe a prevalência do negociado coletivamente sobre o negociado individualmente.

---

[311] E, no mesmo processo de privatização, na perspectiva da teoria política do individualismo possessivo, a reforma trabalhista autoriza a arbitragem para a solução de conflitos trabalhista individuais (art. 507-A, da CLT). Além disso, prevê a validade do contrato individual para estabelecer o regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso, admitindo que o intervalo não seja concedido, mas "indenizado" (art. 59-A, parágrafo 2º, CLT). (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, p. 53).

No mesmo sentido, Muradas aponta a antissindicalidade dessa regra:

> A Constituição prescreve a obrigatoriedade da participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, atribuindo ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, o que nos impõe concluir que verte do novo dispositivo notável antissindicalidade, medida atentatória a liberdade sindical e ao pleno desenvolvimento da negociação coletiva de trabalho, garantia supralegal decorrente da Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho. (MURADAS, 2017, p. 176-177).

Como já exposto, sequer os sindicatos se encontravam em condição de paridade para a negociação coletiva, o que se agravou a partir da vigência da n. Lei 13.467/17.

Obviamente, que o empregado também não terá paridade de armas para negociar diretamente com o empregador, independente de ter um diploma de nível superior e ganho salarial mais elevado do que a enorme maioria dos trabalhadores.

Trata-se de escancarada tentativa de "privatização da disciplina da relação entre capital e trabalho e da relação de emprego", ou seja, de distanciar o Estado destes. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, 52).

Contemporaneamente, os trabalhadores estão ainda mais dependentes do que nunca, como exposto no capítulo 3.

Diante do ambiente de desigualdade de poder em que a Lei n. 13.467/17 potencializa a autonomia da declaração da vontade individual, é notória a "impossibilidade do trabalhador agir como sujeito efetivamente livre, por ser economicamente dependente do seu empregador e estar a ele subordinado." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, 53).

Portanto, como já exposto, a previsão legal não é suficiente para a emancipação real do trabalhador. "A liberdade e a igualdade não surgem de abstrações legais." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018a, 53).

A proteção se justifica por conta da desigualdade, que é fonte material do Direito do Trabalho que existia quando este surgiu e continua existindo, como exposto no capítulo 3.

Muradas destaca que:

> O direito do trabalho brasileiro nunca foi infenso à vontade das partes [...] A rigidez presente no seu objeto está diretamente relacionada ao fato de muitas de suas normas, por causas sui generis, serem, com vistas ao interesse público ou a uma finalidade social mais ampla, reconhecidas como de 'normas de ordem pública, as quais se devem interpretar e aplicar em estreita correspondência com a sua ratio essendi e finalidades preconizadas. (MURADAS, 2017, p. 175).

O Direito do Trabalho "segue como orientação geral, sentido unidirecional, em face do primado de progressividade e não regresso de condições sócio-jurídicas dos trabalhadores, na

linha enunciada pelo *caput* do art. 7º da Constituição da República e trilhada pela legislação na combinação dos arts. 444 e 468 da CLT." (MURADAS, 2017, p. 175).

O artigo 444 da CLT "demonstra a permeabilidade do contrato de trabalho à vontade das partes, com as devidas interdições acolhidas pelo dirigisimo contratual e uma intervenção retificadora das desigualdades sociais iniciais, nos reconhecidos limites da autonomia privada." (MURADAS, 2017, p. 175).

Assim, o disposto nos artigos 444, parágrafo único, e 507-A, ambos da CLT, que criam a figura que vem sendo identificada como "empregado hipersuficiente" (HAZAN, 2018) e pretende instituir a regra da prevalência do contrato sobre a lei e sobre o negociado coletivamente, inclusive com a possibilidade de afastar a indisponibilidade característica dos direitos trabalhistas (no caso da arbitragem) apresentam defeitos invalidantes.

Tais dispositivos "ofendem, diretamente, os princípios da proteção, da imperatividade das normas trabalhistas, da indisponibilidade, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da norma mais favorável e, por fim, da isonomia". (HAZAN, 2018, p. 88).

Outra desconformidade que enseja a inconstitucionalidade do referido dispositivo se verifica por afronta à garantia constitucional de isonomia e colide com a norma do artigo 5º, *caput*[312], e, mais especificamente, ao artigo 7º, XXXII[313], ambos da Constituição de 1988, que impede que se estabeleça regime contratual diferenciado fundado na distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

Quanto a esse aspecto, Mendes critica o critério baseado na renda[314], expondo a inconstitucionalidade por ser discriminatório:

> [...] confundir autonomia da vontade, individual ou coletiva, com critérios de renda e de educação formal constitui forma arcaica de discriminação dos seres humanos, expressamente vedada pela Constituição da República em vários dispositivos, inclusive o art. 7º, inciso XXXII. Isso para não dizer do constrangimento ao mais sincero dos adeptos do liberalismo político ao ver um texto legislativo do século XXI que não dialoga com o núcleo fundamental dos direitos civis, contido no artigo 5º, cabeça, do texto constitucional. (MENDES, 2017, p. 447).

Também se verifica a afronta ao disposto no artigo 3º, parágrafo único, da CLT.[315]

---

[312] [...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

[313] Art. 7º [...] XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; [...]

[314] Fixado tanto no art. 444, parágrafo único quanto no art. 507-A, ambos da CLT.

[315] [...] Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.
Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual. [...]

A potência que a reforma trabalhista pretende atribuir à autonomia da vontade no Direito do Trabalho é maior do que a atribuída no âmbito do Direito Civil, que apesar de construído sob a ótica individualista, já sedimentou o condicionamento da validade dos negócios jurídicos aos princípios da função social dos contratos, da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

Portanto, há desconformidades que caracterizam tanto a inconstitucionalidade, conforme fundamentos já expostos, quanto a inconvencionalidade, com base nos fundamentoss já expostos no item 5.3.2.1 supra.

Além disso, ao prever como válido o ajuste individual em situações que antes exigiam a pactuação mediante instrumentos normativos[316], a Lei deixa de incentivar a negociação coletiva, o que revela a incompatibilidade com a determinação do artigo 7º, da Convenção 154 da OIT.[317] (DIAS, 2017, p. 453).

O referido dispositivo "condiciona a validade das medidas de incentivo à negociação coletiva à prévia consulta e até mesmo a eventuais acordos com as entidades representativas de trabalhadores e de empregadores", na linha do que determina a Convenção 144 da OIT, como já exposto supra. (DIAS, 2017, p. 454).

Na perspectiva de análise do negócio jurídico sob o plano de validade, a desigualdade de poder e de paridade de armas para a negociação entre o empregado e o empregador, pode ser reconhecida a existência de vício de consentimento. Como já exposto no capítulo 4, pode ser constatada a lesão, a coação ou até mesmo o estado de perigo para caracterizar vício na declaração da vontade a levar à declaração da nulidade do negócio jurídico, por força dos artigos 155; 156 e 157, do Código Civil, combinados com o art. 9º da CLT, observando-se a linha interpretativa já exposta no item anterior.

5.3.2.3 Da análise de constitucionalidade e de validade dos dispositivos que versam sobre a potencialização da autonomia da vontade coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado, alterados pela Lei n. 13.467/17.

Como exposto nos capítulos 3 e 5, a Lei n. 13.467/17 procedeu a alterações para **ampliar a autonomia da vontade no âmbito coletivo**.

---

[316] O autor cita como exemplos a adoção do regime de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso - art. 59-A, da CLT e a despedida coletiva - art. 477-A, da CLT.

[317] Convenção 154 da OIT

[...]

Artigo 7º

As medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.

A principal alteração referente ao direito coletivo foi para determinar a prevalência do negociado sobre o legislado, mesmo que o negociado não represente a norma mais favorável para o trabalhador (combinação dos artigos 611-A; 611-B e 620 da CLT), como já visto no item 5.3.2.1 supra.

O artigo 611-A da CLT[318] estabelece um rol exemplificativo[319] de matérias que podem ser objeto de negociação coletiva e que se previstos em acordos ou convenções coletivas prevalecerão sobre a "lei"; e, combinado com este dispositivo, o artigo 611-B da CLT[320] enumera rol de matérias que não podem ser objeto de negociação coletiva.

---

[318] [...] 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
II - banco de horas anual;
III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;
V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
VI - regulamento empresarial;
VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
XI - troca do dia de feriado;
XII - enquadramento do grau de insalubridade;
XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.
§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.
§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.
§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.
§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.
§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.[...].

[319] Haja vista o uso no *caput* do dispositivo à expressão "entre outros".

[320] [...]
Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social.
II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário.
III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).
IV - salário mínimo.
V - valor nominal do décimo terceiro salário.
VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno.
VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Hazan (2018, p. 181) relembra que esta prevalência já era autorizada no artigo 7º, *caput*, da Constituição de 1988, mas conforme a lógica intrínseca do Direito do Trabalho, pautada na função de melhoria das condições sociais do trabalhador e nos princípios da progressividade e da vedação ao retrocesso social. Assim, a prevalência se dava desde que o negociado fosse mais favorável ao trabalhador do que o legislado, ressalvadas as exceções expressamente apontadas na Constituição (incisos VI, XIII e XIV do art. 7º). (HAZAN, 2018, p. 181).

Com a Lei n. 13.467/17, pretende-se que a prevalência passe a ser a regra, independentemente de ser para aplicar a norma mais favorável para o trabalhador.

A lógica da reforma trabalhista é que passe a ser viável a negociação coletiva sobre direitos e garantias em relação aos quais não se admitia transação ou se admitia com mais restrições, e que os acordos e convenções coletivas possam ser instrumentos para chancelar a supressão e a retirada e direitos - o "primado da negociação coletiva sobre a lei, inclusive ***contra legem***" (PIRES; BARBOSA, 2018, p. 57).

VIII - salário-família.
IX - repouso semanal remunerado.
X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal.
XI - número de dias de férias devidas ao empregado.
XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.
XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei
XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
XIX - aposentadoria; XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; 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;
XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.
[...]

Não há uniformidade de entendimento acerca da validade dessa diretriz pretendida a partir da combinação dos dispositivos legais.

O entendimento que deu o tom da reforma trabalhista brasileira é o que conclama que sem empresas não há emprego.

Sob essa primeira angulação, pode-se entender que “a negociação coletiva de trabalho [...] tem espaço para se adaptar às novas realidades que se apresentam e que impõem uma análise e um reconhecimento aberto, quer pelo intérprete, quer pelos atores sociais.” (STÜRMER, 2018, p. 305).

Tal vertente considera válido o disposto nos artigos 611-A e 611-B da CLT e que devem ser feitos ajustes no ordenamento jurídico, mediante negociação coletiva, de acordo com a necessidade social do momento.

Na esteira desse entendimento, seria possível, portanto, alterar as regras que regulam as relações de trabalho e de emprego, preservando-se o caráter de cláusulas pétreas dos direitos arrolados no art. 7º da Constituição.” (STÜRMER, 2018, p. 305).

Direcionamento diverso é dado pela vertente interpretativa que considera que não basta que existam as empresas para a construção de uma sociedade decente.

Como ressaltam Almeida e Almeida a partir da doutrina de João Amado Leal:

> [...] sem empresas não há emprego. O problema, porém, é que sem trabalhadores não há trabalho. E, cremos, ainda é o trabalho que, em última análise, produz riqueza e gera lucros para os titulares das empresas. E sem a garantia de trabalho digno, reconheça-se, não há qualquer possibilidade de construir uma sociedade decente. (LEAL, apud ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 164).

Essa vertente interpretativa considera não ser válida a alteração legislativa para a negociação coletiva funcionar como mecanismo de chancela para a desconstrução dos direitos e garantias já conquistados pelos trabalhadores.

Parte-se do pressuposto de que não há possibilidade de mediante lei ordinária ser alterado padrão existente com respaldo constitucional progressista. (HAZAN, 2018, p. 181-182).

Não há autorização constitucional nem convencional para a redução de direitos pela via da negociação.

Nesse sentido, pondera Dias:

> Ao determinar que a negociação pode regular ou fixar as condições de emprego, o pressuposto é justamente a sua incidência para os casos nos quais não há regulação, como ocorre nos países que adotam sistemas de intervenção mínima nas relações de trabalho. Em casos como o brasileiro, em que a opção constitucional e a estrutura normativa determinam a convivência entre regulação pública heterônoma e

> regulação negocial, não há autorização (...) para a redução de direitos pela via da negociação." (DIAS, 2017, p. 458).

Acerca da ausência de autorização convencional, o autor complementa:

> [...] a negociação coletiva é um dos direitos fundamentais do trabalho estipulados pela OIT e também está relacionado com a obtenção de "condições justas e favoráveis de trabalho" e ao direito de "organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses", assinalados na Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU. (DIAS, 2017, p. 457-458).

Assim, a análise dos artigos 611-A e 611-B deve ser condicionada à disciplina das Convenções 98 e 154 da OIT, nas quais não há, conforme artigos 4º e 2º das Convenções respectivas, "qualquer autorização convencional para a redução de direitos por meio da negociação." (DIAS, 2017, p. 457-458).

A OIT também já se manifestou sobre a impossibilidade de serem utilizados acordos e convenções coletivas para rebaixar direitos[321], como se destaca no trecho a seguir transcrito:

> […] os Estados Membros possuem a obrigação de garantir, tanto na lei como na prática, a aplicação efetiva das Convenções ratificadas, motivo pelo qual não se pode validamente rebaixar, por meio de acordos coletivos ou individuais, as proteções estabelecidas nas Convenções da OIT ratificadas e em vigor em um país determinado (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO apud PIMENTA, 2018, p. 105).

Ainda, como pondera Hazan (2018, p. 181-182), a prevalência do negociado sobre o legislado é percebida constitucionalmente como uma exceção e não como regra. Assim, seria "inadmissível dentro da técnica legislativa e interpretativa", admitir como exemplificativo o rol do artigo 611-A, da CLT, apesar de ter sido essa a intenção, com o uso da expressão "entre outros" no *caput.*

---

[321] "Guilherme Feliciano, presidente da ANAMATRA, em artigo sobre a Reforma Trabalhista, informa pronunciamentos da OIT, nos seguintes termos: "Em 11.7.2017, […] A CEACR recordou que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para obter um acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam ainda mais favoráveis [ao trabalhador] que os previstos na legislação. A esse respeito, a CEACR sublinhou que, se bem que disposições legislativas pontuais, relativas a aspectos específicas das condições de trabalho, poderiam prever, de maneira circunscrita e motivada, sua derrogabilidade por via da negociação coletiva, uma disposição que instituísse a derrogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva seria contrária ao objetivo de promoção da negociação coletiva livre e voluntária prevista pela Convenção [n. 98] e confiou, por conseguinte, em que os alcances do artigo 4º da Convenção [n. 98] serão plenamente tomados em consideração no marco do exame [legislativo] dos mencionados projetos de lei." (grifos originais)9 A Declaração de princípios de Direito do Trabalho da OIT (1998) esclarece muito bem que os países membros, embora não tenham ratificado suas Convenções, estão compromissados, por força do que determina a Constituição da Organização, a promover os direitos fundamentais no trabalho. E destaca que a OIT "sublinha que as normas do trabalho não deveriam utilizar-se com fins comerciais protecionistas e que nada na presente Declaração e seu seguimento poderá invocar-se nem utilizar-se de outro modo com esses fins". (FELICIANO apud LIMA, 2017, p. 7-8).

Mais do que isso. Como pontuam Pires e Barbosa (2018, p. 53-54), com o uso da locução "entre outros", o intuito foi viabilizar que "as normas das leis do trabalho, previstas na CLT ou em legislação esparsa, até agora consideradas normas de ordem pública ou cogentes, inalteráveis e irrenunciáveis pela vontade de empregadores e de empregados quando prejudiciais aos trabalhadores, convolar-se-ão em normas dispositivas, de ordem privada [...]"

Delgado e Delgado também pontuam que "o art. 611-A da CLT, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/17, promove alargamento extremado e desproporcional dos poderes da negociação coletiva trabalhista". (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 282).

Os autores consideram que a prevalência do negociado sobre o legislado "autoriza a supressão ou atenuação, pela negociação coletiva trabalhista, de regras imperativas estatais incidentes sobre o contrato de trabalho, com evidente negligência à noção constitucional de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social." (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 282).

Como ressaltam Almeida e Almeida (2018c, p. 310), "a CLT, como se vê do seu art. 9º, torna inegável que os direitos inerentes ao trabalho são de ordem pública, o que é reforçado, ainda com mais autoridade, pela Constituição da República, ao reconhecer, expressamente, o valor social do trabalho e dos direitos que lhe são inerentes (art. 1º, IV, e 186, III e IV)."

Assim, os direitos trabalhistas, fundamentais (direitos constantes dos artigos 7º a 11 da Constituição da República, por exemplo) e humanos (arts. 4º, II, e 5º, § 2º, da Constituição da República) são irrenunciáveis. (Almeida e Almeida, 2018c, p. 310).

Como aduzem Gustavo Tepedino, Heloisa Barboza e Maria Cecília Bodim de Moraes, dentre os direitos de ordem pública estão "os inafastáveis direitos e garantias fundamentais" (TEPEDINO et al., 2006, v. II, p. 659), o mesmo se aplicando aos direitos humanos, que são, pela sua própria natureza, irrenunciáveis, pois esta característica revela "a impossibilidade de o próprio ser humano – titular desses direitos – abrir mão de sua condição humana e permitir a violação desses direitos" (RAMOS apud ALMEIDA; ALMEIDA, 2018c, p. 310).

Ainda quanto a este aspecto, importante ressaltar que a negociação coletiva não pode ser utilizada para comportar atos de renúncia. Deve acarretar apenas transação, o que pressupõe concessões mútuas[322], fato sinalizado no artigo 611-A, § 2º, da CLT[323].

[322] Conforme art. 840 do Código Civil.

[323] Em consonância com o disposto no artigo 8º, III, da Constituição, que prevê que os sindicatos devem atuar para promover a defesa dos direitos dos quais não são titulares, o que afasta a possibilidade de praticarem atos de renúncia, ao que se equipara a negociação sem contrapartida equivalente. (ALMEIDA e ALMEIDA, 2018b, p. 67)

O artigo 8º, III, da Constituição de 1988[324], autoriza a atuação dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses da categoria, o que evidencia, como ressaltam Almeida e Almeida (2018c, p. 310), a impossibilidade de associações praticarem atos de renúncia, pois "renunciar é abdicar de um direito e não defendê-lo.

Além disso, são passíveis de serem transacionados pelos sindicatos direitos patrimoniais de caráter privado.

A partir de tal premissa, erigem-se os parâmetros para a definição dos limites da negociação coletiva, na perspectiva segundo a qual o Direito do Trabalho tem por finalidade proteger e tutelar a dignidade humana daqueles que vivem do trabalho e realizar a justiça social, a cidadania e a democracia (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018c, p. 310).[325]

Acerca do modo como deve ser realizada a interpretação em torno dos aspectos que constituem limites à negociação coletiva, Dias ressalta trecho do voto do Ministro Celso de Mello[326], segundo o qual, o Poder Judiciário:

> [...] deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. (DIAS, 2017, p. 457).

Como já exposto no capítulo 4, contemporaneamente, a leitura do Direito tem que ser feita em sua integralidade, através do diálogo das fontes, considerando a interação entre os planos interno e internacional, a partir das "constituições grávidas"[327] (URIARTE, 2011, p. 137).

Nesta perspectiva, considera-se que a dignidade humana e os direitos fundamentais têm uma força expansiva e, assim, sugam, se alimentam e se complementam por essas normas internacionais que compõem uma espécie de eixo axiológico que transcende a própria ordem jurídica interna, formando uma espécie de "bloco de constitucionalidade".

---

[324] "Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
[...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
[...] VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;."

[325] A conexão essencial entre a concretização dos direitos sociais trabalhistas e a efetivação da dignidade da pessoa humana e, consequentemente, da cidadania também é enunciada nos artigos 7º, *caput*, 170, 186 e 193 da Constituição.

[326] Trecho do voto do Ministro Celso de Mello, Relator do HC 91.361. (DIAS, 2017, p. 457).

[327] Expressão utilizada por Uriarte para se referir às Constituições que contém dentro delas as normas internacionais de direitos humanos. Assim, a aplicação do conteúdo de um tratado é a aplicação da própria Constituição.

Ao destacar as premissas relacionadas à efetivação da dignidade humana, a Declaração de Filadélfia[328] enuncia que "o trabalho não é uma mercadoria" e a declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais do trabalho reconhece que "o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza".

Diante disso, a análise dinâmica e viva pelo Poder Judiciário, quebrando a rigidez no procedimento de composição de soluções e mesclando diferentes estruturas jurídicas, deve ser feita a partir da constatação de que a efetiva materialização dos direitos humanos dos trabalhadores, ou seja, dos direitos trabalhistas, é o caminho para a realização do conteúdo das principais normas de direitos humanos tanto plano internacional quanto no interno, favorecendo o desenvolvimento socialmente sustentável.

Conforme explicita Sussekind (2008, p. 45), desde então "relevante é que nossos magistrados não interpretem as normas constitucionais em função da lei ordinária, porquanto a Lei Suprema é que deve servir de guia para a interpretação e aplicação dos demais preceitos do ordenamento jurídico", que deve levar em consideração o conjunto normativo constitucional e sua função teleológica e sistêmica. (NUNES; MORAES, 2018, p. 334-339).

Na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra, foi aprovado enunciado que reconhecem o balizamento dado pela matriz constitucional e pelas normas internacionais a serem considerados para a definição dos limites da negociação coletiva:

> 28. NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO: LIMITES Nos termos do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, as convenções e acordos coletivos de trabalho não podem suprimir ou reduzir direitos, quando se sobrepuserem ou conflitarem com as Convenções Internacionais do Trabalho e outras normas de hierarquia constitucional ou supralegal relativas à proteção da dignidade humana e dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Mesmo na esteira dessa vertente interpretativa, há entendimento mais restritivo da autonomia coletiva, que considera inconstitucionais os artigos 611-A e art. 611-B da CLT, independente de análise do objeto da negociação coletiva no caso concreto; e mais moderado, que considera ser "admissível que se preserve a constitucionalidade do artigo 611-A da CLT, desde que se faça interpretação conforme a Constituição." (ALVES, 2018, p. 354-355).

Ambos os entendimentos têm respaldo no princípio da dignidade humana e na matriz axiológica que dele irradia e com a qual converge.

---

328 Após a criação da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, com o Tratado de Versailles, esta, em Conferência Geral, reunida em Filadélfia, em sua vigésima sexta sessão, adotou, em 10 de maio de 1944, a Declaração, que passou a ser chamada de Declaração de Filadélfia ou Anexo a Constituição da OIT.

No entanto, no caso da linha menos flexível, considera-se que a flexibilização mediante negociação coletiva pode se dar, validamente, nas hipóteses expressamente indicadas nos incisos VI, XIII e XIV, do artigo 7º, da Constituição Federal, que se referem a salário e a jornada.

No segundo caso, admite-se uma margem mais ampla para a negociação coletiva, mas mediante o princípio da interpretação conforme a Constituição. Como ressalta Alves, a partir das cláusulas negociadas do instrumento normativo:

> Caso a regra analisada represente objetificação do ser humano, revele desigualdade, arbítrio ou desrespeito pela integridade física e moral do trabalhador a solução poderá ser pelo reconhecimento de sua inconstitucionalidade, por agressão ao disposto no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República. Importante então que o Direito do Trabalho seja instrumento de realização da dignidade humana, o que poderá se dar por meio da efetivação dos direitos sociais e da melhor interpretação dos comandos normativos infraconstitucionais. (ALVES, 2018, p. 350)

Corroborando com o entendimento de interpretação da CLT à luz do princípio da interpretação conforme a Constituição, Barroso explica:

> A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ele da confluência de dos princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, entre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação 'corretiva' que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.” (BARROSO, 2013, p. 167)

Como sintetiza Alves, o princípio da interpretação conforme a Constituição consiste em técnica de interpretação, mediante a qual o intérprete deve optar pelo resultado que melhor se compatibilize com a Constituição da República, por suas regras e princípios, além de consistir em técnica de controle de constitucionalidade, que permite excluir resultado interpretativo contrário à Constituição [...]. (ALVES, 2018, p. 350).

A utilização dessa técnica de interpretação “permitirá ao intérprete preservar a essência do Direito do Trabalho enquanto ramo jurídico protetivo do cidadão trabalhador, ainda que não tenha sido necessariamente essa a pretensão do legislador ordinário.” (ALVES, 2018, p. 351).

Assim, como pontua Alves, a constatação acerca da possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado deve ser feita caso a caso, a partir da aplicação do princípio da adequação setorial negociada e da teoria do conglobamento:

> É possível compreender na regra do art. 611-A da CLT presunção de prevalência do negociado sobre o legislado, mas tal somente se confirmará no caso concreto, com a análise de mérito do conteúdo de ACT e CCT em confronto com a norma jurídica heterônoma, ou seja, com a aplicação do princípio da adequação setorial negociada e utilização da teoria do conglobamento. Na análise o caso concreto a Justiça do trabalho interpretará a norma coletiva à luz das regras e princípios constitucionais, com a preservação do patamar civilizatório mínimo arduamente construído no Brasil. (ALVES, 2018, p. 354-355).

Na mesma linha, como enunciam Delgado e Delgado, a interpretação do artigo 611-A, da CLT deve ser feita com cautela, "de modo a não se desrespeitar, às escâncaras, o princípio constitucional da norma mais favorável (art. 7º, *caput,* CF)" e o princípio constitucional da vedação do retrocesso social (artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988), pois o artigo 7º, XXVI, da Constituição, traduz apenas o reconhecimento de sua existência como fonte normativa, que se submete às diretrizes e restrições constitucionais (DELGADO e DELGADO, 2018, p. 283), bem como ao sistema internacional dos Direitos Humanos e *jus cogens*.

Em suma, a aplicação das normas relativas à negociação coletiva "deve ser realizada a partir da coerência e harmonização com três elementos: a) as regras constitucionais, ressalvados os casos ali autorizados; b) as determinações e garantias das normas supralegais; c) os princípios do Direito do Trabalho, mormente o da proteção e da norma mais favorável." (DIAS, 2017, p. 460).

Assim, a partir desse eixo normativo, no exame da regra da prevalência do negociado sobre o legislado não se pode perder de vista a centralidade do ser humano trabalhador, o que significa que deve prevalecer a solução que signifique maior proteção e promoção da dignidade humana, como exposto nos capítulos 2, 4 e item 5.3.2.1 supra.

Entre os aspectos dão sustentação a esse direcionamento e que limitam a negociação coletiva, destacam-se os princípios da **sociabilidade** (artigos 7º, *caput*, 170 e 193 da Constituição de 1988[329]); da **vedação de retrocesso social[330]**, da **progressividade[331]**, da

---

[329] "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]"
"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:"
"Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais." (BRASIL, 1988)

[330] O princípio da vedação de retrocesso social tem respaldo nos arts. 5º, *caput;* 6º, 60, §4º, IV, da Constituição da República, assim como nos artigos 9º e 444, da CLT. Além disso, está consagrado no art. 19, VIII, da

prevalência da norma mais favorável ao ser humano[332] e da **interpretação *pro homine*** (artigo 19, §8º da Constituição da OIT), que impõe a necessidade de que a interpretação normativa seja feita sempre em prol da proteção dada aos indivíduos. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2016a, p. 122).

Como sintetiza J. J. Gomes Canotilho, a vedação de retrocesso significa que:

> [...] os direitos sociais e econômicos (ex. direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, uma garantia institucional e um direito subjetivo", podendo ser formulado assim: "o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial", concluindo que a liberdade do legislador tem como "limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana" (CANOTILHO, 2003, p. 338-340).

Indo além, a interpretação deve ser com vistas a buscar o progresso quanto ao número, extensão e profundidade dos direitos inerentes ao trabalho; quanto ao *status* conferido aos direitos inerentes ao trabalho e o significado das normas que asseguram tais direitos. (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 164).

Assim, como visto nos capítulos 2 e 4 e no item 5.3.2.1 supra, o princípio da vedação de retrocesso e o da progressividade são complementares, haja vista que "o Direito do Trabalho não se limita à tutela da condição social alcançada pelos trabalhadores (*estabilidade da condição social alcançada*), mas visa sua melhoria progressiva (*melhoria da condição social alcançada*)." (ALMEIDA; ALMEIDA, 2017, p. 164).

Tais princípios estão diretamente relacionados à garantia de segurança jurídica. Como explica Sarlet:

Constituição da Organização Internacional do Trabalho, pelo art. 5º, II, do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.*

[331] Esse princípio é consagrado no artigo 7º, *caput*, da Constituição da República, assim como pelo art. 26 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* e pelo art. 2º do *Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*.

[332] Consagrado no art. 7º, *caput*, da CR/88; art. 29, *b*, da Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 5º, item 2, do PDCIP, art. 5º do PDESC, art. 60 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados, artigo 5). Como pontua Cançado Trindade, o critério ou princípio da aplicação do dispositivo mais favorável às supostas vítimas, além de ser consagrado pelos próprios tratados de direitos humanos também encontrou apoio na prática ou jurisprudência dos órgãos de supervisão internacionais (e.g. decisão da Comissão Europeia de Direitos Humanos sobre a admissibilidade da Petição n. 235/56 (1958-1959), Parecer da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Condição Obrigatória de Membro em uma Associação de Jornalistas (1985) [...]. A presunção da compatibilidade de dois ou mais tratados de direitos humanos na aplicação do critério da norma mais favorável à suposta vítima está de acordo com a tendência atual em nível internacional de ampliar, ao invés de restringir, a proteção dos direitos humanos. (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 115-116).

> [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2007, p. 436-437).

Segundo Cançado Trindade, o critério da primazia da norma mais favorável às pessoas protegidas, consagrado em tantos tratados de direitos humanos, se justifica, entre outras razões, pela tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – no sentido de ampliar e fortalecer a proteção. O que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e, por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno. (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 544-545).[333]

Com mesmo direcionamento, o princípio *pro homine* informa que toda solução jurídica deve prestigiar a realização concreta dos direitos humanos e fundamentais. Assim, é princípio que complementa o princípio protetor, por serem ambos dirigidos a outorgar preferência exclusiva à interpretação mais protetora dos direitos humanos implicados." (ARESE, 2009, p. 106).

Além dos princípios constitucionais do Direito do Trabalho, que conferem a fisionomia tutelar a esse ramo jurídico, já abordados no capítulo 2 da tese, destacam-se como balizadores dos limites da autonomia privada coletiva ou do conteúdo dos instrumentos normativos os seguintes: princípio da norma mais favorável; princípio da indisponibilidade; princípio da irrenunciabilidade.

A análise das cláusulas dos instrumentos normativos também se faz com respaldo nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Diante de tais aspectos, constata-se que a negociação coletiva é um processo complexo, no qual deve ser buscada a prevalência dos interesses da coletividade e da categoria, sem que seja admitido o retrocesso de conquistas e de garantias, em consonância com a lógica constitucional civilizatória.

---

[333] Nesse sentido, destaca-se o enunciado firmado pela Anamatra:
"29. NORMAS COLETIVAS: PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA I. Normas coletivas. Princípio da norma mais benéfica. Os acordos coletivos firmados não prejudicarão direitos garantidos pelas convenções coletivas de trabalho, em respeito à aplicação do princípio da norma mais favorável (art. 7º, caput, CF). Com efeito, a nova redação do artigo 620 da CLT, dada pela Lei 13.467/2017, não exclui a aplicação do princípio da norma mais favorável, de orientação e aplicação no Direito do Trabalho. II. Ademais, prevalecem em todo caso, em relação à matéria negociada, os princípios da proteção, e da inafastabilidade da tutela jurisdicional. III. A auditoria fiscal do trabalho possui o dever de exigir o cumprimento das normas laborais mais favoráveis ao trabalhador, o que inclui a possibilidade de verificação da aplicabilidade ou não de convenções e acordos coletivos de Trabalho sob aquela sistemática."

Arrematando os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva e as normas jurídicas heterônomas estatais, o **princípio da adequação setorial negociada** leva em consideração as particularidades da negociação, da categoria, do segmento de atividade e até do empreendimento, permitindo a **customização da norma** de forma a melhor se adequar às circunstâncias que envolvem os contratos que regerá.

No entanto, persiste o compromisso com as diretrizes enunciadas pelos princípios já rememorados, de maneira a preservar o caráter negocial progressista da negociação coletiva, que não pode ensejar a desconstrução do patamar de direitos e garantias imperativamente estipulados com vistas a efetivar a dignidade da pessoa humana, como pontua Delgado:

> Em vista do disposto na Constituição da República, ostenta a negociação coletiva amplos poderes; porém não se trata jamais de um superpoder da sociedade civil, apto a desconsiderar, objetivamente, os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas que sejam imperativamente fixados pela ordem jurídica do País. (DELGADO, 2018, p. 1639).

No sentido de reconhecer que mesmo após a reforma trabalhista, o princípio da adequação setorial negociada não perde sua origem e limitação constitucional, pondera Alves:

> O novo artigo 611-A da CLT não tem o condão de afastar a origem constitucional do princípio da adequação setorial negociada, que assegura que a norma autônoma não será aplicada se seu conteúdo agride o patamar civilizatório mínimo fixado por normas heterônomas, com destaque para os princípios constitucionais reveladores de direitos fundamentais. Trata-se da preservação do princípio, que tem fundamento constitucional, em detrimento da regra infraconstitucional.” (ALVES, 2018, p. 354).

Na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra, foi aprovado enunciado que enuncia a que a adequação setorial negociada não pode implicar em mera supressão ou redução de direitos, devendo ser evidenciada, com razoabilidade e boa-fé, a existência de contrapartidas, além da excepcionalidade e transitoriedade de determinada medida flexibilizatória.

> 27. ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA I. Negociação coletiva. Limites. Adequação setorial negociada. As regras autônomas coletivas podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo trabalhista, desde que implementem padrão setorial de direitos superior ao padrão geral heterônomo, ou quando transacionam setorialmente parcelas e direitos trabalhistas de indisponibilidade apenas relativa, respeitadas as normas de indisponibilidade absoluta. II. A “adequação setorial negociada” não autoriza a supressão ou redução de direitos tout court, cabendo às partes, nos termos do artigo 611-A da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, justificar a excepcionalidade da adequação e sua transitoriedade, bem como definir as contrapartidas, com razoabilidade e de boa-fé, sendo inconstitucional o disposto no parágrafo 2º do art. 611-A da CLT.

Além disso, como ressaltam Delgado e Delgado:

> [...] a interpretação das regras concretas explicitadas pela negociação coletiva trabalhista, dentro do rol exposto pelo art. 611-A, em seus 15 incisos, deve se fazer tomando-se em conta os métodos científicos de interpretação jurídica, ou seja, o método lógico-racional, o método sistemático e o método teleológico, de maneira a não se alcançar resultado interpretativo absurdo, ainda que coletivamente negociado. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 284).

Nessa perspectiva, não se pode ignorar que a negociação coletiva é instrumento democratizante e que deve ser estimulada, mas desde que para atuar como efetivo instrumento de promoção dos ideais do Estado Democrático de Direito, de melhoria de condições sociais, buscando construir uma sociedade livre, justa, solidária, reduzindo as desigualdades sociais e promovendo o bem de todos. (NUNES; MORAES, 2018, p. 334-339).

Nesse sentido, Nahas pondera:

> O negociado sobre o legislado nada mais representa do que o cumprimento da Convenção 98 da OIT que objetiva o prestígio à norma coletiva negociada pelas entidades sindicais. Entretanto, ainda que trate desses temas arrolados no artigo 611-A, a negociação coletiva não poderá implicar em fraude aos princípios norteadores do direito do trabalho, nem tampouco desrespeitar os limites constitucionais. (NAHAS, 2017, p. 133).

Analisando-se o artigo 611-A da CLT propriamente dito, constata-se a desnecessidade de sua criação, pois já há o reconhecimento da negociação coletiva no art. 7º, XXVI, da Constituição, e os instrumentos normativos sempre tiveram força de lei. Além disso, "os limites para a negociação supressiva já estão lavrados na Constituição" (DIAS, 2017, p. 455-456).

Nesse sentido, Delgado e Delgado pontuam que:

> [...] embora a Lei n. 13.467/17 tenha alargado o elenco das parcelas de indisponibilidade apenas relativa, o fato é que há um conjunto normativo circundante ao novo art. 611-A da CLT, formado por princípios e regras jurídicas superiores. Esse conjunto normativo não pode ser desconsiderado no contexto da aculturação dos dispositivos da negociação coletiva trabalhista firmada no plano concreto do mundo do trabalho. (DELGADO e DELGADO, 2018, p. 285).

Ademais, o artigo 611-A, da CLT é contraditório, pois se o intuito fosse mesmo a valorização da negociação coletiva, "não faria sentido que houvesse a descrição dos temas que podem ser objeto de negociação, ainda que mencionado um impróprio 'entre outros'". (DIAS, 2017, p. 455).

Não obstante as limitações à negociação coletiva decorrentes da matriz constitucional e do sistema internacional dos Direitos Humanos e do *jus cogens*:

> [...] muitos dos direitos arrolados pelo art. 611-A tangenciam garantias fundamentais dos trabalhadores e que, diante da supremacia constitucional e supralegalidade de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela República Federativa do

> Brasil, são absolutamente indisponíveis aos interesses particulares e de classe." (MURADAS, 2017, p. 177).

Na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho da Anamatra, foram aprovados enunciados que corroboram com essa vertente interpretativa e que reconhecem a possibilidade de se declarar a nulidade de cláusulas de instrumentos normativos por inconstitucionalidade e inconvencionalidade:

> 44. NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E PATAMAR CIVILIZATÓRIO MÍNIMO É nula cláusula normativa, por quebra das características fundantes do direito do trabalho como ramo jurídico especializado, quando importar violação ao patamar civilizatório mínimo (artigos 9º, 444, 468 e 611-A da CLT).
> 48. NEGOCIAÇÃO "IN PEJUS" E INCONVENCIONALIDADE DO ART. 611-A DA CLT Negociação "in pejus". Inconvencionalidade. Efeitos paralisantes. A comissão de Expertos em Aplicação de Convênios e Recomendações da Reforma Trabalhista | ENUNCIADOS APROVADOS 29 OIT (CEACR), no contexto de sua observação de 2017 sobre a aplicação, pelo Brasil, da Convenção 98 da OIT, reiterou que o objetivo geral das Convenções 98, 151 e 154 é a promoção da negociação coletiva para encontrar acordo sobre termos e condições de trabalho que sejam mais favoráveis que os previstos na legislação. Segundo a CEACR, um dispositivo legal que institui a derrogabilidade geral da legislação laboral por meio da negociação coletiva é contrário ao objetivo da promoção da negociação coletiva livre e voluntária prevista em tais convenções. O artigo 611-A da CLT "reformada" não é verticalmente compatível com a convenção 98 da OIT e remanesce formalmente inconvencional, circunstância que impede a sua aplicação, em virtude da eficácia paralisante irradiada pelas convenções.

Analisando-se cada um dos incisos do art. 611-A, da CLT, constata-se que em relação a algumas matérias, já estava consolidada posição doutrinária e jurisprudencial no sentido de admitir a regulamentação pela via negocial.

Trata-se da hipótese dos incisos I e II, que se referem à jornada, compensação de jornada, banco de horas anual, regulamentação do intervalo intrajornada.

No entanto, houve alteração na medida em que passou a ser admitida mediante negociação coletiva a fixação do intervalo intrajornada aquém do mínimo estipulado no artigo 71 da CLT.

Ademais, há tentativa de alteração da natureza e da importância da tutela referente a essa temática, com a previsão no parágrafo único do artigo 611-B, da CLT, de que as "regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho" para os fins de constituir objeto ilícito na negociação coletiva, segunda a enumeração no referido dispositivo legal.

Como observa Silva ao se referir à cláusula de instrumento normativo que admita a redução do intervalo a partir da previsão do artigo 611-A, III, da CLT, "há chance de a jurisprudência trabalhista invalidar essa cláusula [...], sob o fundamento de que a redução da

refeição, se não proporcionadas condições adequadas, possa colidir com o propósito de redução de acidentes de trabalho (art. 7º, XXII).”

O Autor ressalta ainda que reforçará o argumento dessa corrente o fato de ter sido mantida intocada a exigência de autorização prévia da autoridade trabalhista para a redução do intervalo (art. 71, §3º). (SILVA, 2017, p. 116).

No mesmo sentido, Delgado e Delgado sustentam como pressuposto para a redução negociada do intervalo intrajornada,

> [...] é necessário que as condições empresariais relativas à alimentação reúnam circunstâncias propícias à refeição dos empregados, sob pena de o intervalo de refeição e descanso não cumprir, minimamente, os seus objetivos jurídicos. Havendo, é claro, refeitórios na empresa e não estando o trabalhador submetido a contínuo regime de sobretrabalho, torna-se viável a redução desse intervalo. Contudo, não estando presentes tais circunstâncias específicas enfatizadas por lei (§3º do art. 71 da CLT), a redução intervalar pode se mostrar meramente abusiva. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 287).

Quanto à “troca do dia de feriado”, é válido o ajuste convencional para permitir o trabalho no dia de feriado com fixação de folga para outro dia. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 291).

No entanto, “a negociação coletiva não pode suprimir o descanso semanal remunerado, pois este tem assento constitucional ainda que seja deslocado do domingo.” Além disso, mesmo que deslocado, a Lei n. 605/49 determina que a compensação recaia sobre a mesma semana. (SILVA, 2017, p. 116; 118).

Como ensinam Delgado e Delgado (2018, p. 291), pela Lei n. 605/49, “a compensação pode ser feita na semana anterior ao dia de feriado trabalhado ou na semana seguinte a esse dia trabalhado. É o que deflui da leitura dos artigos 8º, 6º e 7º, combinados com o artigo 9º da Lei dos Dias de Descanso Trabalhista (Lei n. 605/49).” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 291).

Quanto à “troca do dia de feriado”, é válido o ajuste convencional para permitir o trabalho no dia de feriado com fixação de folga para outro dia. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 291).

Quanto aos feriados, Silva considera que “ao inserir feriado na negociação coletiva, a empresa obtém uma espécie de banco de horas só de feriados, o que é lícito e adequado ao papel dessa modalidade estendida de compensação de jornada.” (SILVA, 2017, p. 118)

Apesar de não haver previsão expressa antes da reforma trabalhista, também já poderiam ser objeto de regulação negocial “teletrabalho, regime de sobreaviso” (inciso VIII).

Silva considera que “a presença desse inciso na lista do artigo 611-A objetiva tornar menos vulneráveis as regras do sobreaviso na empresa, mas para tanto deve haver clareza e, sobretudo, escala de plantão, tal como consta do artigo 244 da CLT [...]” (SILVA, 2017, p. 117).

Delgado e Delgado alertam para a possibilidade de “a exacerbação da duração do trabalho, ainda que coletivamente negociada, importa no desprezo a diversos outros bens tutelados pela ordem jurídica”, com destaque para os “limites conferidos pelos intervalos trabalhistas e pelos dias de repouso.” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 286).

Consideram os autores que:

> [...] tal menoscabo a tantos princípios e regras do ordenamento jurídico pode gerar, por seu acúmulo desproporcional, a clássica figura do *abuso do direito*, censurada pela própria Constituição da República (art. 3º, I, CF). Se não bastasse, o abuso do direito é censurado também pelo Código Civil Brasileiro (art. 187 c/c 927) e pela Lei n. 8.078/1990 (CDC: art. 28) - diplomas e regras jurídicas aplicáveis, por analogia (art. 8º, *caput* e § 1º, CLT) ao Direito do Trabalho. (DELGADO e DELGADO, 2018, p. 286).

Tampouco há inovação quanto à possibilidade de adesão ao Programa Seguro-Emprego - PSE (inciso IV do art. 611-A, da CLT), que já era feita mesmo mediante negociação coletiva, tal como a adesão a programas de suspensão temporária para requalificação (art. 476-A, da CLT). (SILVA, 2017, p. 116).

Também já poderiam ser objeto de negociação coletiva antes mesmo da reforma trabalhista: a definição de “plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança” (inciso V); “regulamento empresarial” (inciso VI); “remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual” (inciso IX); “modalidade de registro de jornada de trabalho” (inciso X); “troca do dia de feriado” (inciso XI); “prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo” (inciso XIV); e “participação nos lucros ou resultados da empresa” (inciso XV).

Silva lembra que apesar de o inciso X autorizar a negociação coletiva dispor sobre o regime de registro da jornada, “haverá forte tensão nesse particular, porque a jurisprudência do TST invalidou cláusulas que previam o não registro da jornada ou a marcação apenas das horas extras [...]”, pois “o registro da jornada se insere nas normas de direito tutelar pois alcança outros objetivos além de simples pagamento das horas extras, como a verificação da

assiduidade, da pontualidade, da conexão entre o acidente do trabalho e assim por diante [...]" (SILVA, 2017, p. 117).

Diante de tais ponderações, Silva propõe a interpretação restritiva do inciso, entendendo-se "'modalidade' de registro de jornada a escolha entre o meio físico, o mecânico e o eletrônico, e não a dispensa do registro". (SILVA, 2017, p. 118)

Por outro lado, são enumeradas matérias que ainda não estavam previstas como passíveis de negociação coletiva, seja por se referirem a institutos criados com a Lei n. 13.467/17 – como é o caso da representação dos trabalhadores no local de trabalho e do trabalho intermitente (incisos VII e VIII); seja porque a lei e o entendimento doutrinário e jurisprudencial até então existentes eram em sentido oposto, como é o caso do "enquadramento do grau de insalubridade; "prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho" (incisos XII e XIII).

Dias alerta para a necessidade de ter extrema cautela com os artigos 510-A a 510-D da CLT, "para que não seja instrumentalizado de forma a comprometer a atividade sindical das organizações de trabalhadores[334] e, sobretudo, criar condições precárias de trabalho." (DIAS, 2017, p. 466).

Delgado e Delgado ponderam que o enquadramento da insalubridade (e de seus níveis de nocividade) não é uma escolha intuitiva ou pactuada, que possa ficar ao alcance da negociação coletiva de trabalho. A regência normativa da insalubridade e da periculosidade é concretizada por regras imperativas estatais, de indisponibilidade absoluta, que se encontram explicitamente encouraçadas pela Constituição da República (artigo 7º, XXII, da Constituição de 1988: "XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança"). (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 284).

Os Autores sustentam que "a regra jurídica mostra-se praticamente vazia de conteúdo normativo", pois a saúde não é passível de negociação, ante aos inúmeros preceitos[335] que colocam no ápice da pirâmide normativa brasileira a proteção à higidez física e mental da pessoa humana, fora e dentro do ambiente de trabalho. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 292).

---

[334] considerando-se o disposto na Convenção 154 da OIT e o disposto nos artigos 3º, inciso I, e 8º, inciso VI, da Constituição de 1988.

[335] Exemplificativamente: art. 1º, III; art. 3º, I; art. 5º, *caput;* art. 6º; art. 7º, XXII; art. 193; art. 196; art. 197; art. 200, *caput* e inciso VIII; todos da Constituição Federativa do Brasil.

No mesmo sentido deve ser a interpretação quanto ao inciso XIII[336], que trata da prorrogação de jornada em ambiente insalubre sem licença prévia das autoridades competentes. A "saúde e segurança no trabalho são direitos individuais e sociais fundamentais de natureza indisponível", sendo o tema "respaldado em base técnica-científica, por envolver riscos evidentes à preservação da saúde humana." (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 284-285).

Quanto a essa questão, Silva pondera que:

> [...] não se trata meramente de compensação ou de banco de horas, mas de superexposição do trabalhador a agentes físicos, químicos e biológicos, acima dos limites de tolerância; esses limites – que são eles próprios controvertidos, porque são volúveis e apanham um espectro de trabalhadores, e não aqueles hipersuscetíveis – são calculados mundialmente para jornadas de 8h no máximo, donde a inviabilidade de o empregado ficar exposto a esses agentes em períodos superiores; [...] (SILVA, 2017, p. 118-119).

Como concluem Delgado e Delgado:

> [...] a interpretação lógico-racional, sistemática e teleológica do inciso XII traduz a seguinte ideia basilar: a regulação, pela negociação coletiva trabalhista, de assunto concernente a enquadramento do grau de insalubridade e à prorrogação de jornada em locais insalubres tem de respeitar, na integralidade, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho. (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 295).

Diante da evidente incompatibilidade com tais normas relativas à saúde, higiene e segurança do trabalho, Silva (2017, p. 119) considera que os incisos XII e XIII do artigo 611-A, da CLT cairão pela via judicial.

Defeito semelhante existe no parágrafo único do art. 611-B, da CLT, que, portanto, também é inconstitucional e inconvencional.

Como sintetiza Dias, o conteúdo do referido dispositivo afronta a Declaração Universal de Direitos Humanos:

> Além de contrariar a lógica, o texto viola expressamente a Declaração Universal de Direitos Humanos, que reconhece, em seu artigo 24, a fundamentalidade do direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias

[336] Ressalta-se enquanto vigorou a Medida Provisória n. 808 de 2017 (entre 14/11/2017 e 23/04/2018), a redação do inciso XII era a seguinte:
"art. 611-A
XII - enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em **locais** insalubres, **incluída a possibilidade de contratação de perícia, afastada a** licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, 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;
XIII - Revogado. [...]"
Além disso, o inciso XIII havia sido revogado.
No entanto, em 23 de abril de 2017 a Medida Provisória perdeu vigência e eficácia, sendo restabelecida a redação anterior, já analisada supra.

> remuneradas periódicas. trata-se de restrição completamente desprovida de validade formal, porquanto ofensiva ao principal instrumento global de proteção aos direitos humanos. (DIAS, 2017, p. 466).

Ademais, como já exposto no capítulo 4, o fato de a Lei, ato político, enunciar a natureza disponível de determinado direito, isso não é suficiente para que isso se concretize na prática.

Ressalta-se, ainda, que o conteúdo do § 1º do art. 611-A da CLT já foi objeto de análise no item 5.3.2.1 supra, quando se tratou do disposto no §3º do art. 8º da CLT.

Complementando o que foi exposto quanto a essa questão, destaca-se que foi aprovada a Tese no XIX Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT), segundo a qual o princípio da intervenção mínima não impede que a questão de ordem pública prevaleça sobre o negociado.

O art. 611-B da CLT estabelece uma reserva de conteúdo que não pode ser objeto de acordo nem de convenção coletiva de trabalho, sob pena de se caracterizar a ilicitude do objeto e, consequentemente, a existência de defeito invalidante que faz com que o ajuste coletivo seja nulo.

> Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
> I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
> II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
> III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
> IV - salário mínimo;
> V - valor nominal do décimo terceiro salário;
> VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
> VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
> VIII - salário-família;
> IX - repouso semanal remunerado;
> X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
> XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
> XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
> XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
> XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
> XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
> XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
> XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
> XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
> XIX - aposentadoria;
> XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

> XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
> XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
> 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;
> XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
> XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
> XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
> XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
> XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
> XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
> Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Conforme se verifica no *caput* do dispositivo, o uso do vocábulo “exclusivamente” tem a pretensão de tornar taxativa a enumeração, que reproduzem matérias que se referem aos direitos elencados nos artigos 7º e 8º da Constituição.

Dito de outro modo, o dispositivo, combinado com o artigo 611-A, da CLT, faz parecer que versando sobre qualquer outra matéria diferente das ressalvadas no artigo 611-B, CLT, ensejaria a caracterização da licitude do objeto do ajuste coletivo.

A questão é que a listagem das matérias no art. 611-B da CLT é muito restrita e não reproduz os direitos fundamentais assegurados, por exemplo, nos artigos 5º, 6º e 9º da Constituição.

Ademais, “a interpretação meramente gramatical e literalista se mostra bastante defeituosa e censurável, conduzindo a resultados interpretativos absurdos”. (DELGADO e DELGADO, 2018, p. 297)

Como ressalta Silva, “a redação do dispositivo parece ter sido feita às pressas, copiando o artigo 7º da CF, sem refletir a existência de outros fundamentos jurídicos e legais que inibem a negociação sindical.” O Autor exemplifica, a partir da jurisprudência do TST,

outros temas que devem ser mantidos fora da órbita dos acordos e convenções coletivas.[337] (SILVA, 2017, p. 121)

Desse modo, a aplicação literal do disposto no artigo 611-B, da CLT pode implicar em transação acerca de direito fundamental de indisponibilidade absoluta, resguardado como cláusula pétrea pela Constituição de 1988, conforme dispõe o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

Assim, estar-se-ia atribuindo à Lei n. 13.467/17, norma ordinária, a possibilidade de eliminar uma barreira constitucional de resguardo de direito fundamental, que seria passível de transposição por negociação coletiva, o que nem mesmo mediante emenda constitucional seria válido!

Portanto, a previsão do artigo 611-B, da CLT não se coaduna com as disposições constitucionais e enseja a possibilidade de, no caso concreto, se verificar a existência de acordo ou convenção coletiva que tenha por objeto matéria não elencada no referido artigo mas que implique em afronta a outros direitos e garantias de indisponibilidade absoluta.

Silva sugere "interpretar o advérbio exclusivamente como sendo uma prioridade de vedação à negociação coletiva para os fins daqueles artigos, capítulo ou título da CLT, admitindo-se outras restrições oriundas de diferentes passagens do texto constitucional." (SILVA, 2017, p. 122).

Ao analisar as matérias escolhidas e indicadas nos 29 incisos que constam no artigo 611-B, da CLT, há alguns aspectos que podem constituir brechas para as partes negociarem a retirada de direitos.

Silva ressalta que, quanto ao 13º salário, "o legislador foi bem ardiloso ao dizer que a observância é apenas do valor nominal", pois pode dar margem para as partes negociarem a retirada dos reflexos e das integrações que decorrem dessa parcela. (SILVA, 2017, p. 122).

Além disso, Silva pondera que prestações previdenciárias (salário família, licença maternidade e aposentadoria) não poderiam mesmo ser objeto de negociação coletiva, sendo inócuas as previsões dos incisos (VIII, XIII e XIX).

Diante de todo o exposto, conclui-se que o disposto nos artigos 611-A e 611-B da CLT apresentam defeitos invalidantes que devem ensejar a declaração da inconstitucionalidade e da inconvencionalidade.

---

[337] Concessão de reajuste salarial contrário a leis de política salarial; fixação de taxas de homologação; dispensa de aviso-prévio para o caso de ter havido admissão pela nova empresa prestadora de serviços em regime de terceirização; cláusula com efeitos retroativos; descontos salariais superiores a 70% do salário, contrariando o art. 82, parágrafo único, da CLT; cláusulas discriminatórias entre sindicalizados e não sindicalizados; discriminação salarial entre adolescentes e adultos; restrições ou condicionantes à garantia de emprego da gestante; renúncia coletiva de direitos. (SILVA, 2017, p. 122)

As disposições do artigo 611-A afrontam o disposto nos seguintes dispositivos constitucionais, como sintetizam Almeida e Almeida:

> a) art. 1º, II, que inclui a cidadania entre os princípios fundamentais da República, e art. 1º, parágrafo único, que adota a democracia como forma de governo [...];
> b) art. 3º, que define os objetivos fundamentais da República. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional (que não é só econômico, mas, também, humano, social, cultural e político), a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos exigem o respeito aos direitos inerentes ao trabalho, o que não harmoniza com sua destruição legal ou negocial;
> c) art. 7º, *caput*, que consagra, expressamente, o princípio da aplicação da norma mais favorável aos trabalhadores [...];
> d) art. 60, parágrafo 4º, IV, que veda a abolição de direitos fundamentais por meio de emenda constitucional e, ainda, impede que que o princípio da aplicação da norma mais favorável aos trabalhadores seja substituído pela regra de aplicação da norma mais favorável aos trabalhadores seja substituído pela regra da aplicação da norma mais favorável ao capital. [...];
> e) art. 170, *caput*, que define os fundamentos e a finalidade da ordem econômica [...];
> f) art. 186, III e IV, que define as condições em que a propriedade cumprirá a sua função social [...] (ALMEIDA E ALMEIDA, 2018b, p. 64-65)

Quanto ao artigo 611-B, verifica-se que as disposições afrontam os direitos fundamentais assegurados pelos artigos 5º, 6º e 9º, da Constituição, o que sequer por emenda constitucional poderia ocorrer, por se tratarem de cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º, IV, da Constituição de 1988).

Violam também o princípio da vedação ao retrocesso social, como já exposto no item 5.3.2.1.

Além disso, como ressaltam Almeida e Almeida se verifica a inconvencionalidade das disposições, pois:

> [...] o Brasil se comprometeu perante a comunidade internacional, como se vê dos arts. 4º, II, e 5º, parágrafo 1º, da Constituição, a respeitar, proteger e realizar concretamente os direitos humanos, não podendo uma lei ordinária, limitando as hipóteses de nulidade dos ajustes coletivos autorizar o desrespeito a tais direitos.
>
> Anote-se que essas mesmas obrigações foram assumidas em razão da adesão do Brasil a tratados sobre direitos humanos, como deixam claro o *art.* 26 *da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, os arts. 2º, 3º e 4º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e o art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos , por exemplo.* (ALMEIDA; ALMEIDA, 2018b, p. 66).

CONCLUSÃO

A partir do contexto demonstrado nessa tese, o Direito do Trabalho, em que pese ter função conservadora e ser fruto do capitalismo, tem o outro lado. Funciona como barreira para conter ou pelo menos amenizar o rolo compressor da racionalidade do capital limitando a fome avassaladora deste, por ser instrumento importante para consagrar direitos e garantias conquistados mediante lutas, tendo os sindicatos, papel importante nesse processo.

Assim, não é difícil compreender porque o Direito do Trabalho é alvo desde as últimas décadas do século XX e, mais, intensamente, nas primeiras décadas do século XXI, de bombardeio ideológico, que se concretiza mediante medidas flexibilizatórias da regulação estatal e reformas sob o discurso da valorização das liberdades, tanto no âmbito da autonomia da vontade individual quanto coletiva.

A reforma trabalhista no Brasil começou a se delinear no Brasil com decisões proferidas pelo Poder Judiciário, mesmo da promulgação da Lei nº 13.467, em vigor desde 11 de novembro de 2017, como desdobramento de uma tendência de décadas, relacionada às crises e evolução do capitalismo a partir do século XX.

Não por acaso, a estratégia de atribuir maior valor ao contrato em detrimento da lei se apresenta em momento de aguda vulnerabilidade do trabalhador individualmente considerado e das suas principais associações representativas, os sindicatos.

A reorganização produtiva, as inovações tecnológicas, a globalização, os efeitos decorrentes das novas formas de contratação e de trabalhar viabilizadas com a indústria 4.0 e com a utilização de plataformas digitais compõem e favorecem o sistema normativo proveniente da racionalidade neoliberal. Ao potencializarem o desemprego, a precariedade e a concorrência empresarial e nas relações interpessoais, tais atores sociais permanecem em posição de total vinculação e dependência do capitalismo.

Uma das principais alterações, que constitui objeto desta tese, é a formalização da diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado, inclusive *in pejus*, bem como de prevalência do ajuste contratual sobre a norma (seja negociada; seja legislada).

A negociação coletiva, historicamente, antecede o surgimento desse ramo jurídico, que tem como característica peculiar, justamente, a possibilidade de os próprios destinatários das normas participarem da elaboração de parte destas. O princípio da autonomia coletiva, tradicionalmente, sempre guardou estreita relação com os princípios da norma mais favorável e da adequação setorial negociada, em consonância com uma interpretação progressista das normas.

A potencialização da eficácia da autonomia coletiva tem, pois, aspectos positivos, dentre os quais se destaca a maior aptidão de ser cumprida pelas partes; para se adequarem às situações concretas; e para oxigenar o ordenamento jurídico, além de abrirem espaço maior para o diálogo intraempresarial.

No entanto, como se demonstrou, decorridos quase dois anos de vigência da Lei n. 13.467/17, ainda não se concretizaram os objetivos apontados como pretexto da reforma trabalhista e, consideradas as experiências flexiblizatórias no Brasil e em outros países do mundo que recentemente adotaram reformas, provavelmente as alterações legislativas não serão suficientes para a efetivação da redução do desemprego e o crescimento do mercado de trabalho informal.

Ademais, a reforma trabalhista enseja a desconstrução da proteção social, com grande probabilidade de acarretar o aumento da desigualdade social na corrida ao fundo do poço no jogo da concorrência mundial imposto pelo capitalismo.

No entanto, é preciso resistir, pois sendo o trabalho a principal forma de inserção social e de concretização da dignidade, da justiça social e da cidadania, constata-se que a Lei n. 13.467/17 não acarretou apenas a retirada de direitos e o esvaziamento de garantias, mas também e, principalmente, em "retomada de poder pela classe detentora do capital."[338]

Isto porque não há paridade de armas para a negociação e se algo mudou de quando o Direito do Trabalho surgiu para hoje foi para colocar o trabalhador em posição de maior vulnerabilidade e dominação, tal como seus sindicatos... Assim, a estratégia da reforma trabalhista que a negociação coletiva seja utilizada para chancelar o esvaziamento dos direitos e garantias sociasi, com ares de legitimidade.

Os sindicatos estão em crise e a reforma trabalhista estrategicamente adotou medidas, como a supressão da contribuição sindical obrigatória, com vistas a fragilizar ainda mais tais associações.

Ainda assim, ainda há potencial para a resistência coletiva, seja através dos sindicatos, que devem buscar meios de se reinventarem; seja pelos movimentos sociais ou outras possibilidades.

Além disso, é preciso identificar critérios de aplicação do Direito que possam viabilizar a resistência necessária para a defesa do Direito do Trabalho no que se refere à diretriz de prevalência do negociado sobre o legislado.

---

[338] A expressão é utilizada por Cléber Lúcio de Almeida.

O caminho essa reconstrução passa pela gênese do Direito do Trabalho, que decorre de suas fontes materiais e que tem a desigualdade como ponto de partida.

Por mais que o objetivo da reforma trabalhista no Brasil tenha sido atacar o Direito do Trabalho por dentro, pretendo alterar seu código genético[339], causando a erosão dos princípios que norteiam a interpretação e a aplicação das normas, a Lei é ato político que não alcança a o Direito do Trabalho enquanto Ciência, com bases muito mais profundas, com respaldo constitucional e no sistema internacional dos direitos humanos e do *jus cogens*.

O ordenamento jurídico deve ser compreendido como um todo, sendo a Constituição o elemento garantidor da unidade de sentido dentro deste, considerada a pluralidade de fontes existentes.

Portanto, a matriz constitucional confere os parâmetros para a criação do próprio Direito, admitindo a existência das fontes não estatais e, além disso, fixa os parâmetros para a criação, interpretação e aplicação de todas as fontes normativas.

Além disso, a partir de tal matriz, para a convivência e a harmonização das normas que compõem a ordem jurídica, são estabelecidos critérios de hierarquia, de interpretação e aplicação dessas no caso concreto.

Nesse sistema normativo, os princípios têm suma relevância, pois conferem coerência ao ordenamento jurídico e estabelecem as diretrizes a serem observadas em todos esses momentos e processos jurídicos, e ganham espaço as chamadas "cláusulas gerais", animadas pela axiologia constitucional em sentido amplo, tendo a Constituição como eixo que fixa os direitos fundamentais e os valores que determinada comunidade tem como essenciais.

Nesse contexto, na perspectiva das *Constituições grávidas*, verifica-se a permeabilidade e o influxo das normas internacionais no sentido de, a partir da aplicação do diálogo das fontes, densificar tal matriz axiológica que irradia sua força expansiva dos direitos e conquistas.

Portanto, os operadores do Direito devem utilizar todas as normas disponíveis e todos os atos normativos devem apresentar conformidade formal e substancial em relação à Constituição e às normas do sistema internacional dos direitos humanos e *jus cogens*, na esteira do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, podendo ser ainda analisadas as normas no plano de validade ds atos normativos.

Esse universo normativo fornece as premissas que estabelecem limites gerais a serem observados nos negócios jurídicos e atos normativos, pois, em que pese seja admitido o

[339] A expressão é utilizada por Cléber Lúcio de Almeida.

pluralismo normativo e que se atribua espaço para a vontade na criação de direitos, obrigações e até das fontes autônomas, tais poderes não são absolutos e ilimitados.

Pelo contrário! A liberdade de contratar, em consonância com a matriz constitucional, sujeita-se às normas de ordem pública e aos bons costumes, e de forma ainda mais efetiva deve ser entendida como limitada à função social e se pautar pelo equilíbrio entre os interesses da pessoa e os coletivos (princípio da socialidade). O que as partes ajustam tem que ser bom e útil para a pessoa e para a coletividade, respeitando-se o princípio da dignidade humana, além da atuação leal das partes (princípio da eticidade).

Portanto, a vontade das partes, a liberdade, concorre com princípios e normas cogentes, impostos pelo ordenamento jurídico.

Tais mandamentos integram a principiologia que orienta o Código Civil de 2002, confirmando que, cada vez mais, verifica-se o entrelaçamento das normas voltadas à preservação dos interesses coletivos com as voltadas à regulamentação dos interesses individuais, a ponto de se reconhecer a relativa superação da dicotomia (também relativa) entre o direito público e o direito privado.

Se por um lado, em consonância com a tendência que se verificou nas reformas trabalhistas realizadas em outros países do mundo, esse entrelaçamento favorece a potencialização das liberdades e a ampliação da autonomia da declaração da vontade, por outro lado, também evidencia que o intervencionismo do Estado não se verifica, exclusivamente, nas relações laborais.

Havendo limitação à autonomia da vontade nos contratos regidos pelo Direito Civil, nos quais presume-se a paridade entre os sujeitos como regra, com muito mais razão se fazem presentes o dirigismo e a limitação de tal autonomia na regulação das relações laborais, nas quais o ponto de partida é a desigualdade entre as partes.

O desafio é, portanto, estabelecer qual é a dose adequada de intervencionismo/ liberdade deve ser prescrita no âmbito individual e coletivo das relações laborais para a prevalência do negociado sobre o legislado.

Assim, as alterações promovidas pela Lei n. 13.467/17 com vistas a potencializar a autonomia da vontade e a prevalência do negociado sobre o legislado devem ser analisadas a partir das premissas e dos demais mecanismos e controles decorrentes da unidade da ordem jurídica e da centralidade dos valores constitucionalizados, isto é, às regras e princípios explícitos e implícitos no texto da Constituição (VIANA, 2000, p. 565) e no sistema internacional dos direitos humanos e *jus cogens* (art. 5º, inciso LXXVI e parágrafo 2º da Constituição).

Para tanto, devem ser considerados os parâmetros estabelecidos pela ciência jurídica acerca da hierarquia e da hermenêutica e outros, definidores da validade do negócio jurídico e do ato normativo.

Consequentemente, os processos de interpretação, integração e aplicação jurídica e os critérios de hierarquia também têm compromisso com o eixo axiológico constitucional e com a Teoria do Direito do Trabalho[340], o que tem especial importância na análise da alterações decorrentes da reforma trabalhista.

Tais bases estabelecem o caminho para a identificação dos limites gerais à autonomia da vontade individual e coletiva e à prevalência do negociado sobre o legislado que a Lei n. 13.467/17 pretendeu potencializar.

Na verificação de conformidade da referida Lei com o ordenamento jurídico, nas dimensões do controle de constitucionalidade, de convencionalidade, de legalidade e do plano de validade das normas, constata-se a desconformidade da Lei 13.467/17, o que impede sua aplicação no caso concreto.

Os defeitos invalidantes se verificam de forma geral, no *processo legislativo da Lei ensejando a eficácia paralisante, bem como quanto aos dispositivos específicos que tratam da autonomia da vontade individual e coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado,* que versam sobre: fontes, princípios e atuação do Poder Judiciário; potencialização da autonomia da vontade individual; potencialização da autonomia da vontade coletiva e a prevalência do negociado sobre o legislado.

Assim, conclui-se que a Lei n. 13.467/17 não deve ser aplicada no caso concreto e que prevalece a Teoria Geral do Direito do Trabalho.

[340] Expressão utilizada por Lima com o intuito de enaltecer que o Direito do Trabalho deve ser compreendido enquanto ciência, que tem "conceitos próprios, teses, antíteses, sínteses; estuda institutos, analisa hipóteses, trata de comprovações." (LIMA, 2017, p. 3).

REFERÊNCIAS

ADASCALITEI, Dragos; MORANO, Clemente Pignatti. **Drivers and effects of labour market reforms**: Evidences from a novel policy compendium (em português, Impulsionadores e efeitos das reformas do mercado de trabalho: Evidências de um novo compêndio de políticas), 2016.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de; NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues. Movimentos sociais. Direito do Trabalho. Democracia. In VIANA, Márcio Túlio; FARIA, Fernanda Nigri. **Movimentos Sociais versus retrocessos trabalhistas**. Poder e resistência no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2018.

ALMEIDA, C. L.. A regra da prevalência no negociado sobre o legislado na perspectiva da reforma trabalhista: rumo à mutação genética do direito do trabalho no Brasil. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas,** v. 4, p. 12, 2018.

ALMEIDA, C. L.. Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3**. Regiao, v. 91, p. 235-235, 2016.

ALMEIDA, C. L.; ALMEIDA, W. G. R. . Princípios do direito do trabalho: primeira, segunda e terceira dimensões. In: Maria Cecília Máximo Teodoro; Roberta Dantas de Mello; Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes; Eduardo Perini Rezende da Fonseca. (Org.). T**ópicos Contemporâneos de Direito do Trabalho**. 1ed.Belo Horizonte: RTM, 2017, v. 01, p. 127-144.

ALMEIDA, C. L.; ALMEIDA, W. G. R. . Os princípios do direito material e processual do trabalho como parâmetros para a definição do alcance das normas que compõem a denominada reforma trabalhista. In: Ariete Pontes de Oliveira; Ítalo Moreira Reis; Vitor Salino de Eça. (Org.). **Teoria crítica da reforma trabalhista**. 1ed., 2018a, v. 1, p. 55-80.

ALMEIDA, Cleber Lúcio de Almeida; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. **Direito material e processual do trabalho na perspectiva da reforma trabalhista**. Belo Horizonte: RTM, 2018b.

ALMEIDA, C. L.; ALMEIDA, W. G. R. . O negociado e o legislado no contexto dos limites da negociação coletiva. In: Fernanda Nigri Faria; Laura Ferreira Diamantino Tostes. (Org.). **Aportes teóricos para a aplicação do direito do trabalho após a reforma trabalhista.** 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018c, v. 1, p. 309-316.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de; ALMEIDA, Cléber Lúcio de. **Direito do Trabalho e Constituição: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil.** 1. ed. São Paulo: LTr, 2017a. v. 1. 191p .

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de; ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Princípios do Direito do Trabalho: primeira, segunda e Terceira Dimensões. In TEODORO, Maria Cecília Máximo [et. al.] coord. **Tópicos Contemporâneos de Direito do Trabalho. Reflexões e Críticas**. Volume 2. Belo Horizonte: RTM, 2017b, p. 127-144.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de; ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Direitos Humanos Trabalhistas: da existência à tutela jurisdicional no contexto do sistemainteramericano de direitos humanos. In **Anais do V Encontro Internacional do Conpedi Montevidéu -**

Uruguai: A eficácia de direitos fundamentais na relações do trabalho, sociais e empresariais. 2016a. p. 114-134. Disponível em: <www.conpedi.org.br em publicações>. Acesso em: 23 mar. 2019. Tema: Instituciones y desarrollo en la hora actual de América Latina.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de; ALMEIDA, Cléber Lúcio de. A efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas como resistência à precarização da dignidade humana, da justiça social e da democracia. In DANTAS, Luiz Rodolfo de Souza [et. al.] org. Série Direitos Fundamentais Sociais. **Teoria dos princípios, proporcionalidade, razoabilidade e a dimensão ideal do Direito** - suas conexões: Tomo VII. Joaçaba: Editora Unoesc, 2016b, p. 81-101.

ALMEIDA, Cléber Lúcio de Almeida. Reforma trabalhista e precartização do Direito do Trabalho. **Canal Perspectiva Jurídica, 2016ª**. Disponível em: <https://youtu.be/lSwGLeAUDAc>. Acesso em 10 fev. 2019.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. Formação histórica e fundamentos do Direito do Trabalho. Tendências atuais do Direito do Trabalho: flexibilização e desregulamentação. In PAGANI, Marcella; MIRAGLIA, Lívia Mendes Moreira; FINELLI, Lília Carvalho. **Direito do Trabalho Simplificado.** Belo Horizonte: RTM, 2016b.

ALVES, Amauri Cesar. Reforma trabalhista e os desafios do sindicalismo: perspectivas de atuação pela via da interpretação jurídica. In EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Italo Moreira. **Teoria crítica da Reforma Trabalhista.** Belo Horizonte: RTM, 2018. 565 p.

ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego:** parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2005, p. 54-55

ALVES, Giovanni. **Trabalho e subjetividade:** o espírito do toyotismo na era do capitalismo manipulatório. São Paulo: Boitempo, 2011.

ANTUNES, Daniela Muradas. A Negociação Coletiva Trabalhista e suas Restrições Jurídicas. **Revista Síntese Trabalhista.** Porto Alegre: Síntese, ano XIII, n. 146, agosto de 2001, pg. 26-38.

ANTUNES, Ricardo. A constituição da classe trabalhadora. **IV Curso Livre Marx-Engels.** TV Boitempo: agosto de 2014. Disponível em: <https://youtu.be/sPgLhJA_R98>. Acesso em 19 de ago. de 2019.

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do Trabalho:** ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 1999.

ANTUNES, Ricardo L. C.. **O que é Sindicalismo.** Coleção Primeiros Passos. São Paulo: Abril Cultura: Brasiliense, 1985.

ARCELO, Adalberto ; GONTIJO, Lucas. Teoria Crítica, Subjetividade e o Conceito de Governamentalidade em Michel Foucault. **Revista da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas**, v. 1, p. 1-17, 2015.

ARAÚJO, Eneida Melo Correia de. **As Relações de trabalho**, Uma Perspectiva Democrática. São Paulo: LTr, 2003.

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego.** São Paulo: LTr, 1996.

ARAÚJO, Maria Angélica Benetti. Autonomia da vontade no direito contratual. In NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade (coordenadores). **Revista de Direito Privado.** Ano 7. n. 27. São Paulo: Revista dos Tribunais. jul-set de 2006.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). Referências bibliográficas: NBR 6023. São Paulo: ABNT, 2002.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. **Os princípios de direito do trabalho de segunda geração.** Cadernos da AMATRAIV, Porto Alegre, , n. 7, p. 18-29, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil** – promulgada em 5 de outubro de 1988. 2° vol., São Paulo: Saraiva, 1989.

BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Sílvia Labate, **Sindicatos.** Sindicalismo. São Paulo: LTr, 1994.

BARBATO, Maria Rosaria Barbato; MENDES, Danielle Maiolini. Novas persectivas de atuação do sindicato como ator social aliado a movimentos sociais na luta pela justiça social. In: FARIA, Fernanda Nigri. VIANA, Márcio Túlio. (Org.). **Movimentos sociais versus retrocessos trabalhistas**: poder e resistência no mundo do trabalho. 1ed.São Paulo: LTr, 2018, v. 1, p. 65-69.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. ed., atual. por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. Poder hierárquico do empregador. Poder diretivo. In: **Curso de Direito do Trabalho:** estudos em memória de Célio Goyatá. Alice Monteiro de Barros (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade do direito brasileiro.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 359 p.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman. Prefácio. In MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p. 5-7.

BIAVASCHI, Magda Barros. **Os princípios do direito do trabalho:** ordem social e ordem econômica. Cadernos da AMATRA IV, Ano IV, n. 13, Porto Alegre: Amatra IV/HS, nov. 2009, p.53-60.

BIHR, Alain. **Da grande noite à alternativa:** o movimento operário europeu em crise. Tradução de Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 1998, p. 38.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Tradução: Tradução Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. **Dicionário de Política**. vol. I. 11. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. Santos – Brasília, Editora Universidade de Brasília, 10. ed, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. Lições de filosofia do direito. São Paulo: Cone, 2006.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. **O novo espírito do capitalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BOMFIM, Mariana. **Nova CLT completa um ano**. Reforma trabalhista não cria empregos prometidos, e informalidade cresce. UOL Economia. São Paulo, 10 de novembro de 2018. Disponível em: <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/apos-um-ano-reforma-trabalhista-nao-criou-empregos-prometidos-e-informalidade-cresceu/index.htm#nova-clt-completa-um-ano>. Acesso em: 26 jul. 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. A colisão de princípios constitucionais no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988

BRASIL, DECRETO Nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm.>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. TRT 3ª R. - 3T - RO/7982/99 - Relatora Juíza Maria Cecília Alves Pinto - DJMG 19/01/2000 - P. 36.

BRASIL. TRT 3º R 3T RO/0553/03 - Relator Juiz Sebastião Geraldo de Oliveira DJMG 08/03/2003 P.04.

BRASIL. TRT 3ª R. - 3T - RO/14497/01 - Relator Juiz Milton Vasques Thibau de Almeida DJMG 18/12/2001 P.13.

BRASIL. TRT 3ª R 4T RO/3165/02 - Relator Juiz Luiz Otávio Linhares Renault DJMG 18/05/2002 P.10.

BRASIL. TRT 3ª R. - 4T - RO/1787/99 - Relator Juiz Luiz Otávio L. Renault - DJMG 18/09/1999 - P. 14.

BRASIL. TRT 3ª R 7T RO/16726/02 - Relator Juiz Milton Vasques T. de Almeida DJMG 13/03/2003 P.22.

BRASIL. TRT 3ª R. - 2T - RO/13172/00 - Relator Juiz Emerson José Alves Lage - DJMG 14/03/2001 P.17.

BRASIL. TRT 3ª R. - 4T - RO/10489/01 - Relator Juiz Luiz Ronan Neves Koury DJMG 20/10/2001 P.13. Disponível em: <www.trt.gov.br>. Acesso em 28 out. 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. I.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto.**Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, vol.1, 486 p.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARRION, Valentin (org.). **Revista de Direito do Trabalho.** nº 81. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 44-51

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

CASTEL, Robert. **El Ascenso de Las Incertubres**:Trabajo, Protecciones, Estatuto del Individuo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 2012.

CASTILHO, Maria Augusta de. **Roteiro para elaboração de monografia em Ciências Jurídicas.** São Paulo: Sugestões Literárias, 2000.

CATHARINO, José Martins. Vontade individual e coletiva no direito do trabalho. Disponível em: < https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:rede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:1993;2000470566>. Acesso em: 28 nov. 2019.

CERQUEIRA, João da Gama. **Sistema de Direito do Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 327/329

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação, dependência e alienidade no trânsito para o capitalismo tecnológico. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes Leme; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende (Coords.). **Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano**: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais. São Paulo: LTr, 2017.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2001, p. 187 apud LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Ob. cit., 2011, p. 7

COMPARATO, 2001, p. 187) e MÉXICO. Constituição (1917). **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. MÉXICO, 1917.

CONSELHO EDITORIAL. **Antônio Baylos critica flexibilização de direitos trabalhistas.** Informativo Anamatra, Belo Horizonte, outubro, 2004, p.1.

CORDEIRO, Wolney de Macedo. O controle de convencionalidade em matéria laboral: novos horizontes para a aplicação das convenções da Oit no direito brasileiro. In: Georgenor de Sousa Franco Filho; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). **Direito internacional do trabalho** - O estado da arte sobre a aplicação das convenções internacionais da OIT no Brasil. 2ed.São Paulo: LTr, 2016, v. 1, p. 24-34.

COUTURE, DE.. Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo. **Tribunales del Trabajo**. Santa Fé, Instituto de Derecho del Trabajo de la Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales, 1971, In: RODRIGUEZ, 2000, p. 86

DANTAS, Rodolfo Lima. **Estruturação do sistema produtivo e a proteção social.** 2019. Orientador: Cléber Lúcio de Almeida. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, f. 109.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. **Coleção Estado de Sítio**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. 413 p.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O que é Direto Social?** In: Curso de Direito do Trabalho. v. I: Teoria geral do Direito do Trabalho. Marcus Orione Gonçalves Correia (Org.). São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Gabriela Neves. **Estado de Direito e Direito ao Trabalho**: trabalho regulado e cidadania. Projeto apresentado ao exame de admissão para os Cursos de Pós-Graduação em Direito, em nível de Doutorado, na área de concentração de Filosofia do Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2003.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Democracia e justiça**. São Paulo: LTr, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. **O poder empregatício**. São Paulo: LTr, 1996.

DELGADO, Maurício Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego.** Entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. São Paulo: LTr, 2006a.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2006b.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, Trabalho e Emprego. **Entre o Paradigma da Destruição e os Caminhos de Reconstrução.** São Paulo: LTr, 2006, p. 28.

DELGADO, M. G. ; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. v. 1. 424p.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, Gabriela Neves; PIMENTA, José Roberto Freire; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; LOPES, Othon de Azevedo (org). **Direito Constitucional do Trabalho**. Princípios e jurisdição constitucional do TST. São Paulo: LTr, 2015.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira. A negociação coletiva e a Lei 13.467: resistindo à interpretação regressiva. In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e SEEVERO, Valdete Souto.(org.) **Resistência**. Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017, p. 451-469.

DRUMMOND, Carlos. É o fim da linha. A reforma trabalhista prioriza a competição externa em setores mais primitivos da economia e põe em xeque o mercado interno. In CARTA CAPITAL. Ano XXIII. nº 979. Editora Confiança. 22 novembro de 2017. p. 16-21.

EÇA, Vitor Salino de Moura. Corte Internacional de Justiça. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo. Et. al. (coord). Tópicos Contemporâneos de Direito do Trabalho - Reflexões e Críticas. Volume 2. Belo Horizonte: RTM, 2017.

EÇA, Vitor Salino de Moura. Jurisdição Transnacional de Proteção de Direitos Humanos Trabalhistas. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. Direitos Humanos dos Trabalhadores. São Paulo: LTr, 2016.

EDELMAN, Bernard. A legalização da classe operária. Tradução de Marcus Orione [Coord.]. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 8.

ESPÍNOLA, Eduardo. Sistema de Direito Civill Brasileiro. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Lehrbuch des buergerlichen Rechts, Allg. Teil, vol. I, 1 parágrafo 45; H. LEHMANN, Allgemeiner Teil des Buergerlichen Gesetzbuches in Grundrisse der Rechtwissenschaft, 1919, p. 14 apud GOTTSCHALK, 1995, p. 189.

ESPING-ANDERSEN, 1994. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**. Print version ISSN 0102-6445. Lua Nova. no.24. São Paulo. Sept.1991 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64451991000200006>. Acesso em: 28 nov. 2019.

FARIA, Fernanda Nigri. A importância da permeabilidade dos ordenamentos jurídicos e do controle de convencionalidade para a densificação e concretização da essência do Direito do Trabalho e dos Direitos Humanos. In: CARVALHO, David França Ribeiro de. (Org.). **Diálogos com o Direito Internacional.** Uma necessária transdisciplinariedade. 23ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, v. II, p. 2-566.

FARIA, Fernanda Nigri; RIBEIRO, A. C. M. B. . Limites da negociação coletiv: uma análise da ultratividade das normas coletivas à luz da Reforma Trabalhista. In: FARIA, Fernanda Nigri. TOSTES, Laura Ferreira Diamantino (coordenadoras); HENRIQUE, Carlos A. J. Et al. (organizadores). (Org.). **Aportes teóricos para a aplicação do direito do trabalho após a Reforma Trabalhista.** 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, v. 1, p. 341-358.

FARIA, Fernanda Nigri; VIANA, M. T. . A Reforma Trabalhista e o Esvaziamento do Dirigismo Contratual: Ideias sobre o Caminho para Enfrentar a Onda de Flexibilização. In: FARIA, Fernanda Nigri. VIANA, Márcio Túlio. (Org.). **Movimentos sociais versus retrocessos trabalhistas:** poder e resistência no mundo do trabalho. 1ed.São Paulo: LTr, 2018, v. 1, p. 117-121.

FARIA, Fernanda Nigri; FONSECA, E. P. R. . O Contexto e Pretexto da Prevalência do Negociado sobre o Legislado à Luz da Autonomia Privada Coletiva Contemporânea. In: FARIA, Fernanda Nigri. VIANA, Márcio Túlio. (Org.). **Movimentos sociais versus retrocessos trabalhistas:** poder e resistência no mundo do trabalho. 1ed.São Paulo: LTr Editora, 2018, v. 1, p. 122-133.

FARIA, Fernanda Nigri; NUNES, A. F. P. R. . O resgate da essência do direito do trabalho como caminho para o progresso socialmente sustentável. In: II ENCONTRO DA REDE NACIONAL DE PESQUISA E ESTUDOS EM DIREITO DO TRABALHO E DA

SEGURIDADE SOCIAL - RENAPEDTS, 2016, Curitiba. **ANAIS DO II ENCONTRO DA REDE NACIONAL DE PESQUISA E ESTUDOS EM DIREITO DO TRABALHO E DA SEGURIDADE SOCIAL - RENAPEDTS.** Florianópolis: Empório do Direito, 2016. v. 1. p. 6-824.

FELICIANO, Guilherme Guimarães e outros. **A Reforma Trabalhista e suas "modernidades".** Disponível em: <https://jota.info/colunas/a-reformatrabalhista-e-suas-modernidades-21072017>. Acesso em: 23 jul..2017.

FERNANDES, Antônio de Lemos Monteiro. Noções Fundamentais de Direito do Trabalho. Coimbra: Almedina, 1980, p. 28-33. In: MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

FLORES, Joaquín Herrera. La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una definición crítica.In: GENTIUM, Jura. **Revista de Filosofía del derecho internacional y de la política global**. p. 2. Disponível em: <http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/rights/herrera/index.htm>. Acesso em: 20 mai. 2016.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Modernidade e contrato de trabalho**: do sujeito de direito à sujeição jurídica. São Paulo: LTr, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Editora Graal, 1989.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

FRANCO FILHO, Georgenor de Souza. Direitos humanos dos trabalhadores. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos Humanos dos Trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016.

FRANÇA. Tratado de Versalhes. Acordo internacional que determina os termos de paz na Europa depois da I Guerra Mundial. 1919. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito Econômico.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, p. 223 e 224.

FRANÇA, R. Limongi. **Elementos de Hermenêutica e Aplicação do Direito**. SP, Saraiva, 1984.

FUMAGALLI, Andrea. **Bioecomía y capitalismo cognitivo**: hacia um nuevo paradigma de acumulación. Traducción del Antonio Antón Hernández, Joan Miquel Gual Vergas y Emmanuel Rodrígues López. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.

GARCIA, Manuel Alonso. **Curso de derecho del trabajo**. 2. ed. Barcelona: Esplugues de Llobregat, 1967.

GAUTHIER, Gustavo. **Disrupción, economia compartida y derecho**. Fundación de Cultura Universitária: Montevideo, 2016.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2010.

GENEBRA. **Convenção 158 da OIT, 22/06/1982.** Convenção sobre a terminação da relação de trabalho. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/cgilex/pdconvs.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=159&chapter=1&query=%28C158%29+%40ref&highlight=&querytype=bool>. Acesso em: 08 nov. 2004.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar um projeto.** São Paulo. 1998.

GAUTHIER, Mario. O aso uber . In TEODORO, Maria Cecília Máximo. A síndrome de Patrão. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; MELLO, Roberta Dantas; NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; FONSECA, Eduardo Perini Rezende de (Coords.). **Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho**: reflexões e críticas. Belo Horizonte: RTM, 2015. v. 1

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

GOMES, Thaissa Garcia. Princípios contratuais. **Revista dos Tribunais**. Coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrdae Nery. Ano 94, vol. 838, agosto de 2015, p. 723-744.

GOMES, Orlando & GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GORZ, André. **Estratégia Operária e Neocapitalismo.** Trad. Jacqueline Castro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968, p. 37.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaios e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito.** São Paulo: Malheiros, 2002.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. Reflexões sobre os direitos humanos e fundamentais na atualidade: transversalidade dos direitos, pluralismo jurídico e transconstitucionalismo. In: SALIBA, A. T.; ALMEIDA, G. A.; GOMES JÚMIOR, L. M. (org.). **Direitos fundamentais e a função do Estado nos planos interno e internacional.** Belo Horizonte: ARRAES; 2010. v. 2.

GUSTIN, Miracy. **Direitos fundamentais e a função do estado nos planos interno e internacional.** Belo Horizonte: Arraes, 2010, v. 2, p. 405-406.

HÄBERELE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. (Vol. I)

HESPANHA, António Manuel. **História das instituições:** épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Tradução de Adail Ubirajara Sobral. São Paulo: Loyola, 2017.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem.** 21. ed. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

LA CUEVA, Mario. **Derecho mexicano del trabajo.** Cidade do México: Porruá, 1967.

IANNI, Octavio. **Imperialismo na América Latina.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1974.

JUCÁ, Francisco Pedro. **A Constitucionalização do Direitos dos Trabalhadores e a Hermenêutica das Normas Infraconstitucionais.** São Paulo: LTr, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 222.

KOURY, Luiz Ronan Neves. A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 8º DA CLT E AS LIMITAÇÕES DO EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO. In: FARIA, Fernanda Nigri. TOSTES, Laura Ferreira Diamantino (coordenadoras); HENRIQUE, Carlos A. J. Et al. (organizadores). (Org.). **Aportes teóricos para a aplicação do direito do trabalho após a Reforma Trabalhista**. 1ed.Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, v. 1, p. 341-358.

LANNOY, Carlos de. **Brasil encerra 2013 com a menor taxa de desemprego desde 2002**. O salário e o emprego com carteira assinada também subiram. Taxa de desocupação permaneceu praticamente estável entre 2012 e 2013. Edição do dia 30/01/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/01/brasil-encerra-2013-com-menor-taxa-de-desemprego-desde-2002.html> Acesso em: 28/8/2019.

LAZZARATO, Maurizio. **O governo do homem endividado.** São Paulo: N-1 edições, 2017.

LEAL, João amado. Negociado X Legislado – A experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas. In **Revista do TST,** São Paulo, vol. 83, n. 3, julho/setembro 2017, p. 138-159.

LEÃO, Ênio Saraiva. **Banco Mundial, mercado e a reforma do Judiciário brasileiro**: uma visão política do banco na aprovação das reformas. Âmbito Jurídico. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/banco-mundial-mercado-e-a-reforma-do-judiciario-brasileiro-uma-visao-politica-do-banco-na-aprovacao-das-reformas/>. Acesso em: 05 jul. 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direitos Humanos**. 2ª ed. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2011. 364p.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **Lei de Introdução ao Código Civil e aplicação do Direito do Trabalho.** São Paulo: Malheiros, 1996.

LIMA, Francisco Gerson Marques de. **Convite ao estudo da hermenêutica em direito do trabalho. 2017.** Disponível em: <www.excolasocial.com.br>. Acesso em: 20 nov. 2019.

LOPEZ, Manuel-Carlos Palomeque. **Um Compañero de viaje histórico del derecho del trabajo: la crisis economica.** Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2495604.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2016.

LÚCIO, Clemente Ganz. Reforma trabalhista no Brasil e no mundo: não estamos sós. **Carta Capital**. Publicado 21/09/2017 13h59, última modificação 21/09/2017 14h11. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/reforma-trabalhista-no-brasil-e-no-mundo-nao-estamos-sos>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**, 23. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva: 1995. 376 p.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Negociação Coletiva e Contrato Individual de Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. O 'diálogo das fontes como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **Diálogo das fontes**. Do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: RT, 2012, p. 17-66.

MARQUES, Adhemar, BERUTTI, Flávio e FARIA, Ricardo. **Os Caminhos do Homem.** Belo Horizonte: Lê, 1991.

MARTINS, Heloísa de Souza e RAMALHO, José Ricardo. **Terceirização** – Diversidade e Negociação no mundo do Trabalho. São Paulo: HUCITEC/CEDI/NETS, 1994.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das Condições de Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2000.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Três planos da norma jurídica. Revista Colunistas de Direito do Estado**, 2016, num. 238. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/tres-planos-da-norma-juridica>. Acesso em: 24 jun. 2019.

MARTINS-COTAS, Judith. **Sistema e cláusula geral** - a boa-fé objetiva no processo obrigacional. São Paulo: USP, 1996, p. 530

MARX, Karl. **Prefácio à Contribuição para a Crítica da Economia Política**, em K. Marx e F. Engels, Obras Escolhidas, ed. cit., t. I, p. 331. Conf. tradução em língua portuguesa, Colecção Teoria Editorial Estampa.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Folha e São Paulo, 2010.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2 ed. São Paulo: RT, 2011. 176 p.

MELHADO, Reginaldo. **Poder e sujeição:** os fundamentos da relação de poder entre capital e trabalho e o conceito de subordinação. São Paulo: LTr, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Marcos Bernardes, **Teoria do fato jurídico: plano de validade.** 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Marcus Menezes Barberino. Autonomia coletiva e a lei 13467/2017: apertem os cintos porque o garante do interesse público sumiu. Será? In SOUTO MAIOR, Jorge Luiz e SEVERO, Valdete Souto (org.). **Resistência**. Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. 1. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2017, p. 443-450.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 1º Vol. São Paulo: Saraiva, 1980.

MESQUITA, Luiz José de. **Direito Disciplinar do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.

MÉXICO. Constituição (1917). **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. MÉXICO, 1917. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/mexico/const1917.htm>. Acesso em: 08 nov. 2004.

MISAILIDIS, Mirta Lerena. **Os Desafios do Sindicalismo Brasileiro Diante das Atuais Tendências.** São Paulo: LTr, 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, **Curso de Direito do Trabalho**. 14ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 32. ed. São Paulo: LTr, 2006.

NAHAS, Thereza. Novo Direito do Trabalho e institutos fundamentais. São Paulo: **Revista dos Tribunais,** 2017.

NÓVOA, Jorge. In DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. **Coleção Estado de Sítio**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. 413 p.

NUNES, Antônio José Avelãs. O Estado Capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et at., (org.). Constituição e Estado Social: os obstáculos à Concretização da Constituição. São Paulo: Coimbra Editora e Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

OIT. **Guia para a Formulação de Políticas Nacionais de emprego.** Departamento de Políticas e Empreg, 2013. ISBN web 978-92-2-826424-1. p. 19. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_policy/documents/publication/wcms_214960.pdf> . Acesso em 11 ago. 2016.

OIT. **Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho**. 1998. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf>. Acesso em 11 ago. 2016.

OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do direito do trabalho. In BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho.** Em memória de Célio Goyatá. 3. ed. vol. I. São Paulo: LTr, 1997. p. 29 - 93.

OSTROVITIANOV, K. V.; LEONTIEV, L. A.; LANTIEV, I. D.; GATOVSKI, L. M.; KUZMINOV, I. I.; STAROVSKI, V. N. Tradução: MIGUEL, Francisco. **Manual de Economia Política.** vol. 1. Lisboa: Editorial Estampa, 1972.

OTA, Nilton. In DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. A nova razão do mundo. Ensaio sobre a sociedade neoliberal. **Coleção Estado de Sítio.** Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016. 413 p.

PASTORE, José. Flexibilização dos Mercados de trabalho: a resposta moderna para o aumento da competição. Revista LTr,.São Paulo, 58 (4), 1994. p. 403.

PAULANI, Leda. Marx e economia. Aula 1. IV Curso Livre Marx e os marxismos. **TV Boitempo**: fevereiro de 2019. Disponível em: <https://youtu.be/bpZum2hT7qw>. Acesso em 19 de ago. de 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (coordenadores). **Trabalho, Constituição e Cidadania**. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014.

PÉREZ LEÑERO, José. **Teoria General del Derecho Español de Trabajo**. Madrid: Espasa – Calpe, 1948, p. 110.

PIMENTA, Raquel Betty de Castro. Invalidade das reformas atinentes à negociação coletiva: a visão da Organização Internacional do Trabalho. In EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. **Teoria crítica da reforma trabalhista.** Belo Horizonte: RTM, 2018. p. 97 - 114.

OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do Direito do Trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). **Curso de Direito do Trabalho**: Estudos em Memória de Célio Goyatá. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PIMENTA, Raquel Betty. Palestra ministrada no Seminário "Reflexões sobre o mundo do trabalho a partir da Reforma Trabalhista", promovido Instituto Declatra em 25/08/2017, em Belo Horizonte - MG.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14ª Edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 1, n. 1, 2004

POCHMANN, Márcio; MORAES, Reginaldo**. Capitalismo, classe trabalhadora e luta política no início do século XXI**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens da nossa época. Tradução de Fanny Wrabel. Rio de Janeiro: Compus, 2000.PROJETO DE PESQUISA Subsídios para a discussão sobre a reforma trabalhista no Brasil Texto de discussão Nº1 "Experiências internacionais" EQUIPE RESPONSÁVEL Carlos Salas e Tomás Rigoletto Pernías. Disponível em: <http://www.cesit.net.br/wp-content/uploads/2017/11/Texto-de-Discuss%C3%A3o-1-Experiencias-internacionais.pdf> Acesso em: 27 jul. 2019.

RAMALHO, Maria do Rosario Palma. T**ratado de direito do trabalho parte III: situações laborais colectivas.** 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 27.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. Sao Paulo: RT, 2004.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direitos.** 3. ed. Sao Paulo: RT, 1998.

REIS, Daniela Muradas; COUTINHO, Grijalbo Fernandes. "Refoma" trabalhista: a pontencialização do valor do trabalho como mercadoria em tempos de governança burguesa ilegítima. In: SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valdete Souto. **Resistência**: aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

ROCHA, Cláudio Janotti da (coordenadores). **Como aplicar a CLT à luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista.** São Paulo: LTr, 2016. p.95.

ROMITA, Arion Sayão. **O poder disciplinar do empregador.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. **Teoria da flexibilização do direito do trabalho: uma tentativa de contextualização histórica.** 2004. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/4455>. Acesso em: 11 ago. 2016.

RUPRECHT, Alfredo J. Os Princípios do Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1995

SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lécio. **Brasil neoliberalismo versus democracia.** São Paulo: Boitempo.

SEVERO, Valdete Souto. O negociado sobre o legislado. Artigo publicado em:1 de outubro de 2015. Disponível em : <http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado>. Acesso em: 05 nov. 2016.

SEVERO, Valdete. A proteção no princípio: elementos para a resistência à "reforma". In: EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Ítalo Moreira. **Teoria Crítica da Reforma Trabalhista**. Belo Horizonte: RTM, 2018.

SUPIOT, Alain. Lei e Trabalho. Um mercado mundial de regras? **Revista Tempos Históricos**, v. 17, n. 1, 2013. Disponível em: http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/9013/6604>. Acesso em: 18 set. 2018.

SALGADO, Joaquim Carlos. Princípios hermenêuticos dos direitos fundamentais. **R. TCMG**, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, jul./set.1996. p. 13-39.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. In DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto (coordenadores). **Trabalho, Constituição e Cidadania**. A dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTr, 2014. p. 178.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-37. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Direito Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2011, p. 33.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEVERO, Valdete Souto. O negociado sobre o legislado. Artigo publicado em:1 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/index.php/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado>. Acesso: 05 nov. 2016.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2008. v. II: A relação de emprego.

SILVA. Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista. Análise da lei 13.467/17** – Artigo por Artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 10ª Ed., São Paulo, 1994.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 22.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. In MANNRICH, Nelson (coordenador). **Revista de Direito do Trabalho.** n. 97. Ano 26. São Paulo: janeiro-março de 2000. p. 27-39.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas.** Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.Vol; I e II.

SOARES, Flaviana Rampazo. Interlocuções entre Direitos Humanos e Direito do Trabalho e a necessária proteção à dignidade da pessoa do trabalhador. In: ALVARENGA, Rúbia Zanotelli. **Direitos Humanos dos Trabalhadores**. São Paulo: LTr, 2016.

SOUTO MAIOR. Jorge Luiz. **A "reforma" trabalhista e seus reflexos no Direito Coletivo do Trabalho**. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-reforma-trabalhista-e-seus-reflexos-no-direito-coletivo-do-trabalho>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2008. v. II: A relação de emprego.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Luciana Cristina de. Análise da Reforma do art. 8º da CLT pela Lei Ordinária Federal nº 13.467/2017 sob a égide da Trintenária Constituição da República de 1988. In: KOURY, Luiz Ronan Neves; ASSUNÇÃO, Carolina Silva Silvino (org.) **Direito Processual do Trabalho:** Constituição e Reforma Trabalhista. São Paulo: LTr, 2018

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico do Trabalho**. Monografia, Fundação Brasileira de Direito Econômico, Belo Horizonte, 1985.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 4a edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

STÜRMER, Gilberto. **Negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e a reforma trabalhista.** In: EÇA, Vitor Salino de Moura; OLIVEIRA, Ariete Pontes de; REIS, Italo Moreira. Teoria crítica da Reforma Trabalhista. Belo Horizonte: RTM, 2018. 565 p.

SUPERTI, Eliane. **Da incorporação do proletariado ao direito do trabalho: um estudo sobre o projeto positivista de organização das relações de trabalho no Brasil.** 2004. 232 f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de São Carlos, Departamento de Pós-Graduação em Ciências Sociais, São Carlos, 2004, p. 197-198).

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT e outros tratados**. 3ª Edição. São Paulo: LTr, 2007.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima, **Instituições de Direito do Trabalho**. 19ª ed., Vols. I e II. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 2ª Edição, rev., ampl. e atualizada. São Paulo: LTr, 1987.

TAKAHASSHI, H. Kohachiro. **Uma contribuição para a discussão. In: Do Feudalismo ao Capitalismo**. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1971.

TAMAJO, R. de Luca. "La Flexibilidad del Trabajo en los Paises de la CEE". In: El Derecho del Trabajo ante el Siglo XXI, coord. J. Davalos, **Universidad Nacional Autonoma de México**, México/DF, 1989, pág. 223.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. A síndrome de Patrão. In: Maria Cecília Máximo Teodoro; Mário Garmendia Arigon. (Org.). **Derecho Material y Procesal del Trabajo.** 1ed.Punta Del Leste: IJ Editores, 2018, v. 1, p. 13-34.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. Por um direito do trabalho repersonalizado. In: Viana, Márcio Túlio; Rocha, Cláudio Jannotti da. (Org.). **Como aplicar a CLT À luz da Constituição: alternativas para os que militam no foro trabalhista.** 1ed.São Paulo: LTR, 2017, v. 1, p. 140-.

TEODORO FERREIRA, Maria Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho.** 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. v. 1. 144p.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. A síndrome de Patrão. In: TEODORO, Maria Cecília Máximo; MELLO, Roberta Dantas; NUNES, Ana Flávia Paulinelli Rodrigues; FONSECA, Eduardo Perini Rezende de (Coords.). **Tópicos contemporâneos de Direito do Trabalho**: reflexões e críticas. Belo Horizonte: RTM, 2015. v. 1

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa; MORAES, Maria Cecília Bodim de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. I.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Proteção à Relação de Emprego**. São Paulo: LTr, 1998.

TOSELLI, Carlos Alberto. El principio de progressividade y su aplicación jurisdicional. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, Porto Alegre, Ano VII n. 119, jun.2011, p. 112-124.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2.** ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. v. I.

URIARTE, Oscar Ermida. Aplicação judicial das normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos trabalhistas. **Rev. TST**, Brasília, vol. 77, nº 2, abr/jun 2011. p. 133-145.

URIARTE, Oscar Ermida. **Revista Anamatra**, ano XVIII, n. 53, 2º semestre de 2007, p. 17-25.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Parte geral. **Coleção direito civil**; v. 1. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. **Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. Coleção direito civil; v. 2. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VIANA, Márcio Túlio. **Da greve ao boicote e outros pequenos e estudos.** Belo Horizonte: RTM, 2017. 133 p.

VIANA, Márcio Túlio. 70 anos de CLT. **Uma história de trabalhadores**. Belo Horizonte: RTM, 2014.

VIANA, Márcio Túlio; GOMES, Maíra Neiva. O negociado sobre o legislado II: a aventura continua. In: Vladmir Oliveira da Silveira e outros. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi** - a ordem jurídica justa: um diálogo euroamericano. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 8519-8538.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirização e sindicato: um enfoque para além do direito. **Revista da Faculdade de Direito,** Belo Horizonte, UFMG, v. 7, n. 13 e 14, p. 50-82, 2004, p. 9.

VIANA, Márcio Túlio. Terceirizacao e sindicato um enfoque para além do direito. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**. vol. 45. Belo Horizonte, 2004, p. 203-242.

VIANA, Márcio Túlio. Direito do Trabalho e Flexibilização. In: **Curso de Direito de Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá**. BARROS, Alice Monteiro de (Coord.). 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 1997.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência**. São Paulo: LTr, 1996.

VIANNA, J. de Segadas. **Organização sindical brasileira: contendo os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho e outras leis referentes às entidades sindicais**. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1943.

WEBER, Max. **A ética protestante e o esírito do capitalismo**. Edição de Antônio Flávio Pierucci. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

WEISZFLOG, Heloísa Cardillo. **Anotações sobre a vontade formadora do negócio jurídico. Revista de Direito Privado**. Coord. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. Ano 15, vol. 57, jan-mar/2014, p. 159-176.