

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
UNIDADE ACADÊMICA DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

NELCIR VICARI JÚNIOR

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS
DE TRABALHO: A QUESTÃO DO NEGOCIADO X LEGISLADO**

PORTO ALEGRE
2018

Nelcir Vicari Júnior

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS
DE TRABALHO: A QUESTÃO DO NEGOCIADO X LEGISLADO

Trabalho de Conclusão de Curso de
Especialização apresentado como
requisito parcial para obtenção do título de
Especialista em Direito do Estado, pelo
Curso de Especialização em Direito do
Estado da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul – UFRGS

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Schenk Duque

Porto Alegre

2018

Aos meus pais.

RESUMO

A presente pesquisa tem como objetivo inicial o estudo da doutrina dos direitos fundamentais, conceituando-os e classificando-os com base na sua historicidade e em suas respectivas dimensões. Perpassa, posteriormente, por uma análise enfática aos direitos fundamentais sociais, mencionando sua previsão na Constituição Federal, bem como a sua possibilidade de restrição. Posteriormente, faz-se um estudo pormenorizado do princípio da autonomia privada coletiva como direito fundamental e como instrumento efetivador de direitos, assim como de seus respectivos desdobramentos, quais sejam, os acordos e convenções coletivas – institutos peculiares ao Direito Coletivo do Trabalho que permitem que os interessados da relação criem, editem e extingam normas jurídicas que dizem respeito ao trabalho. Por conseguinte, são analisadas as (im)possibilidades de flexibilização de direitos fundamentais por instrumentos coletivos de trabalho e seus atinentes limites. Por fim, analisam-se os recém incluídos artigos 611-A e 611-B da CLT, que prevêm a prevalência do negociado sobre o legislado, à luz da doutrina dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Restrição. Autonomia privada coletiva. Negociação coletiva. Negociado x legislado.

ABSTRACT

The present research has as its initial goal the study of the doctrine of fundamental rights, conceptualizing and classifying them based on their historicity and their respective dimensions. Subsequently, it goes through an emphatic analysis of fundamental social rights, mentioning them in the Federal Constitution, as well as its possibility of restriction. Subsequently, it is done a detailed study of the principle of collective private autonomy as a fundamental right and as an effective instrument of rights, as well of collective agreements and conventions - institutes of the Collective Labor Law that allow to create, edit and extinguish legal norms related to work. Therefore, the possibilities of flexibilization of fundamental rights by collective labor instruments and their respective limits are analyzed. Finally, are analyzed the recently included articles 611-A and 611-B of the Labour Act of Brazil, which predict the prevalence of the negotiated over the legislated, baased of the doctrine of fundamental rights.

Keywords: Fundamental rights. Restriction. Collective private autonomy. Collective bargaining. Negotiated x legislated.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	8
2.1 Conceito e classificação dos direitos fundamentais	8
2.2 Os direitos fundamentais na Constituição Federal: ênfase aos direitos sociais	12
2.3 A possibilidade de intervenções em direitos fundamentais	16
3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.....	21
3.1 Características e distinções acerca dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho.....	21
3.2 O princípio da autonomia privada coletiva como fonte geradora de normas jurídicas.....	25
3.3 A autonomia privada coletiva como direito fundamental e como instrumento efetivador de direitos fundamentais	29
4 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS	33
4.1 A possibilidade de flexibilização de direitos fundamentais por negociação coletiva.....	33
4.2 Os limites impostos pelos direitos fundamentais à negociação coletiva	37
4.3 A previsão legal <i>in abstracto</i> do negociado sobre o legislado: ofensa aos direitos fundamentais?	41
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	46
REFERÊNCIAS.....	48

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui como escopo a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas denominadas negociações coletivas de trabalho. Em razão da aprovação, promulgação e início de vigência da Lei 13.467/2017, a denominada Reforma Trabalhista, possibilitou-se, legalmente, uma maior flexibilização de direitos fundamentais sociais por meio das convenções e acordos coletivos de trabalho.

A inclusão dos artigos 611-A e 611-B, na CLT, ao disporem que o negociado prevalece sobre o legislado em diversas matérias elencadas aos seus incisos, ampliaram a legitimidade dos instrumentos normativos para se sobreporem à legislação trabalhista. Portanto, questiona-se ao longo da monografia a constitucionalidade dos dispositivos em face da doutrina dos direitos fundamentais. Trata-se, assim, do problema de pesquisa que se apresenta.

A relevância do tema pesquisado se consubstancia no fato de que é necessário esclarecer se os direitos fundamentais devem, ou não, ser parâmetro para a interpretação e aplicação de instrumentos coletivos de trabalho. A discussão acerca do negociado x legislado sempre tomou cena em *Terrae Brasilis*, porém foi somente no ano de 2017 que tal premissa legal teve lugar assentado no ordenamento jurídico brasileiro.

Ressalta-se que o tema é extremamente atual, tendo em vista que a Lei 13.467/17, que incluiu os artigos 611-A e 611-B na CLT teve sua vigência a partir de novembro de 2017. Portanto, a contemporaneidade da matéria, somada à sua relevância social, justificam a elaboração da presente monografia.

A fim de contextualizar a estrutura do estudo, menciona-se que, no primeiro capítulo, parte-se para uma análise da doutrina nacional capitaneada por Ingo Wolfgang Sarlet acerca dos direitos fundamentais. Estudiosos da matéria costumam classificá-los como garantias dadas ao indivíduo contra intervenções do Estado em sua esfera individual e classificá-los em gerações e/ou dimensões. Os direitos fundamentais de segunda geração, denominados de “prestacionais” e/ou sociais, que exigem do Estado uma atuação positiva em determinada matéria, guardam maior relevância para o problema de pesquisa.

A partir da premissa de que é possível a intervenção, não só Estatal como particular, na esfera dos direitos fundamentais, analisa-se, no capítulo seguinte, o princípio da autonomia privada coletiva como direito fundamental e como

instrumento efetivador de diversos outros direitos sociais, mediante a elaboração de normas jurídicas pelos chamados acordos e convenções coletivas de trabalho. Maurício Godinho Delgado, que advoga a favor dos instrumentos coletivos, é autor de referência no que tange à matéria.

No capítulo final, verificando-se ser possível a flexibilização de direitos fundamentais sociais por meio das normas coletivas de trabalho, como sustenta fortemente Amauri Mascaro Nascimento, analisa-se os perímetros de tais flexibilizações à luz da doutrina dos direitos fundamentais. Por fim, far-se-á uma análise dos recém incluídos artigos 611-A e 611-B, da CLT, que permitiram a prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado, sob a ótica dos direitos fundamentais.

O objetivo geral da pesquisa é analisar, não exaustivamente, o tema dos direitos fundamentais, aferindo suas origens, dimensões e finalidades, assim como em relação à autonomia privada coletiva, convenções e acordos coletivos de trabalho. Como objetivo específico, busca-se analisar a possibilidade de restrição a direitos fundamentais mediante negociação coletiva, bem como eventual ofensa a tais direitos de índole constitucional a partir da inclusão dos artigos 611-A e 611-B na CLT.

Com o objetivo em referência, a pesquisa foi primordialmente bibliográfica e documental, mediante consulta em livros e artigos jurídicos publicados em revistas, periódicos, ou em sítios eletrônicos de bibliotecas virtuais. Ainda, em pequena parte, fora realizada consulta em precedentes de Tribunais Superiores acerca da matéria. Utilizou-se, essencialmente, método qualitativo e dedutivo de análise de dados, resolvendo-se o problema de pesquisa com base em conhecimentos já existentes.

2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O presente capítulo busca analisar, em brevíssima síntese, a doutrina dos direitos fundamentais. Perpassando, inicialmente, pela sua conceituação e classificação em gerações, dar-se-á ênfase àqueles denominados direitos fundamentais de segunda geração.

Tais direitos, que exigem do Estado determinada prestação ativa, são consagrados no texto constitucional de 1988 e dizem respeito, em sua grande maioria, a direitos trabalhistas. Analisar-se-á, por conseguinte, a possibilidade e limites constitucionais de intervenção em tais direitos.

2.1 Conceito e classificação dos direitos fundamentais

Compulsando a ampla e extensa doutrina acerca da matéria, é aferível que o termo “direitos fundamentais” possui grande variedade de terminologias, concepções e definições. Leciona-se nacionalmente que tais direitos se constituem como uma tentativa de limitação do Poder Estatal, ao mesmo tempo em que se revestem como um rol de promessas de prestação de serviços e bens essenciais à pessoa¹.

A conceituação de que direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas, tanto físicas como jurídicas, alicerçados em normas constitucionais consiste, indubitavelmente, em compreensão adequada. Assim, demonstram um caráter normativo supremo dentro do Estado e têm como finalidade precípua a limitação do exercício do poder Estatal em face de liberdades individuais².

Entretanto, a eleição de uma ou outra terminologia não tem como pretensão exclusiva de correção: mais relevante do que a mera escolha, em si, de determinada terminologia a fim de conceituar direitos fundamentais é, sobremaneira, o significado que está por trás ou que lhes é atribuído³. Um conceito relativamente simples da expressão é o de posição jurídica essencial, ou seja, tais direitos fundamentais são

¹ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 297.

² DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

³ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 49.

garantias normalmente previstas em constituições escritas, que protegem o cidadão contra intervenções dos poderes públicos⁴. Nesse sentido:

Os direitos fundamentais intermedeiam ao indivíduo pretensões oponíveis judicialmente. Trata-se da natureza desses direitos, em seu sentido clássico, como direitos de defesa destinados a assegurar uma esfera livre ao cidadão contra agressões provenientes dos poderes públicos. Eles se mostram, portanto, com primazia, na função de direitos de defesa subjetivos contra os poderes estatais, sendo que a sua tarefa consiste em se impor e se assegurar na realidade da vida estatal por meio de uma vigência ampla⁵.

Ingo Sarlet preleciona que a concepção de direitos fundamentais adotada pela Constituição Federal de 1988 adere àquela inaugurada pela Lei Fundamental da Alemanha: direitos fundamentais são assim classificados para além de seu conteúdo. Significa dizer, portanto, que determinados direitos serão fundamentalmente materiais pelo fato de terem tido como alicerce a dignidade da pessoa humana; serão, entretanto, fundamentalmente formais “pelo fato de lhes ter sido atribuído um regime jurídico-constitucional reforçado, ou seja, um conjunto de garantias a assegurar aos direitos fundamentais uma normatividade (eficácia e proteção) qualificada no contexto da ordem constitucional⁶”.

Desse modo, frisa o autor que é possível aceitar que nem todos os direitos fundamentais têm fundamento direto na dignidade da pessoa humana – sendo correta a afirmação de que o conteúdo em dignidade dos direitos fundamentais é variável caso a caso. Entretanto, tal fato não retira da dignidade da pessoa humana a sua condição de princípio fundamental e estruturante⁷, eis que se trata de princípio basilar do Estado Brasileiro, ao ser elencada como princípio fundamental ao artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Em norte similar:

A posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal. Um direito é fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. O elemento formal é também condição suficiente da fundamentalidade: todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e/ou relevância social

⁴ *Ibid.*, p. 50.

⁵ *Ibid.*, p. 53.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 100.

⁷ *Ibid.*, p. 101.

forem relativamente limitados [...]. Isso significa que 'direito fundamental' pode ser traduzido por 'direito que tem força jurídica constitucional'⁸.

Superada a discussão acerca da conceituação e do conteúdo dos direitos fundamentais, mister que se disserte, ainda, acerca de suas categorias e funções. Em brevíssima síntese, muitos autores se referem às “gerações” de direitos fundamentais, sustentando que as suas respectivas histórias são marcadas por certa gradação. Surgiram, em um primeiro momento, os direitos clássicos individuais e políticos; em seguida, os direitos sociais; posteriormente, os “novos” direitos difusos e/ou coletivos como os de solidariedade e ao meio ambiente ecologicamente sustentável; e, por fim, aqueles direitos relacionados ao cosmopolitismo e à democracia universal. São os direitos de primeira, segunda, terceira e quarta geração, respectivamente⁹.

Tal visão é evidentemente predominante na doutrina brasileira, de modo a ter sido assentada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Mandado de Segurança número 22.164, de relatoria do Ministro Celso de Mello¹⁰. Naquele julgado, o Excelentíssimo Ministro Relator deferiu a segurança para anular a expropriação de imóvel rural dada a ausência de notificação prévia de vistoria a realizada na *res*. Em sua fundamentação, diferenciou direitos de primeira, segunda e terceira geração a fim de fundamentar a relevância do devido processo legal¹¹.

Pois bem. Os direitos de *status* negativo são aqueles que permitem ao indivíduo resistir a determinada atuação do Estado. Ou seja, a esfera Estatal, nesta hipótese, não deve interferir na esfera interna do indivíduo, sendo que este último pode repelir, pelos meios jurídicos pertinentes, eventual ilegalidade de interferência do primeiro. Ou seja, ao mesmo tempo em que tais direitos limitam as possibilidades de atuação do Estado, ampliam as liberdades do indivíduo¹².

Tendo em vista que tais direitos foram proclamados já nas primeiras Declarações do século XVIII, consistindo na concepção liberal clássica que

⁸ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 41.

⁹ *Ibid.*, p. 22.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 22.164**. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 29 mai 2018.

¹¹ *Ibid.*, p. 23 e 24.

¹² DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 50.

procurava impor limitações à atuação Estatal¹³, são denominados de direitos fundamentais de primeira geração.

Por sua vez, os direitos de *status* positivo, também denominados de “direitos sociais” ou “de prestação”, consistem naqueles que permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado com a finalidade de fazerem-se prosperar as suas condições de vida, garantindo os pressupostos materiais necessários para a tanto¹⁴.

Tendo em vista que tiveram sua gênese nos textos dos séculos XVIII e XIX, sendo amplamente garantidos a partir das primeiras décadas do século XX na Rússia pós-revolucionária, na Alemanha (República de Weimar), e em diversos outros países de movimento socialista¹⁵, são denominados de direitos fundamentais de segunda geração.

Explica-se que a classificação dos direitos fundamentais em “gerações” ou “dimensões” se baseia na ordem cronológica em que tais direitos foram recepcionados em nível constitucional, de forma cumulativa. Ao passo que os de primeira geração são os direitos individuais, civis e políticos que surgiram no fim do século XVIII, os de segunda geração consubstanciam-se nos econômicos, sociais e culturais, cujos primeiros indícios de surgimento tomaram cena na primeira metade do século XX¹⁶.

Jorge Miranda afirma que o termo “geração” afigura-se por enganador, uma vez que sugere sucessão de direitos, de forma que as categorias de direitos fundamentais seguintes, em tese, substituiriam às anteriores. Entretanto, o próprio autor descarta tal jogo léxico, pois todas as gerações de direitos não apenas se somam, mas se interpretam mutuamente de forma harmônica e prática.

Assim, direitos advindos de certa época receberam forte influência dos novos direitos, que também passam a ser entendidos e interpretados em conformidade com os anteriormente consagrados. Como exemplo, o autor aponta o direito de propriedade: no século XIX, tal era tida, praticamente, como absoluta. Com o surgimento dos direitos sociais, a propriedade passou a deter sentido diverso¹⁷, devendo atender à sua função social.

¹³ *Ibid.*, p. 52.

¹⁴ *Ibid.*, p. 52.

¹⁵ *Ibid.*, p. 53.

¹⁶ GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista de Informações Legislativas**, v. 45, n. 178, p. 105-129, abr./jun. 2008, p. 125.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010, p. 24.

Muito embora de extrema relevância acadêmica e constitucional, os direitos fundamentais de terceira e quarta geração, por não dizerem respeito ao objeto de pesquisa da presente monografia, não serão abordados. Assim, segue-se, no subcapítulo seguinte, à análise dos direitos fundamentais sociais na Constituição da República Federativa do Brasil.

2.2 Os direitos fundamentais na Constituição Federal: ênfase aos direitos sociais

A essência do Estado Liberal, datado das revoluções do século XVIII e criador dos direitos fundamentais de primeira geração, consistia em uma “missão de inteiro alheamento e ausência de iniciativa social¹⁸”, pois o a liberdade humana seria em si um fim, e o Estado, naquela concepção, consistia-se somente em um instrumento material para a realização deste objetivo¹⁹.

Assim, o modelo de governança da época valorizou, demasiadamente, aspectos econômicos. Ao passo que o poder político passou a ser súdito do poder econômico, os direitos tutelados no Estado Liberal passaram a ter a sua eficácia limitada por aspectos subjetivos da própria nova estrutura econômico-social²⁰.

Em suma, o liberalismo do século XVIII pregava um Estado completamente alheio à esfera econômica, que, quando muito, seria apenas árbitro nas disputas sociais. Consubstanciava-se, assim, na frase clássica “*laissez faire, laissez passer, laissez aller*”²¹, que, em tradução livre, significa “deixe-se fazer”, em alusão à liberdade econômica pregada pela época.

Nesse diapasão, em que pese todos os direitos devessem pertencer a todos, alguns eram denegados a cidadãos que não possuíam determinadas condições econômicas (p. e., sufrágio); outros, aproveitam exclusivamente àqueles que pertenciam à classe econômica dominante (propriedade); enquanto outros, apenas

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 41.

¹⁹ MACIEL, Marco. **Liberalismo e justiça social**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1987, p. 47.

²⁰ ARANHA, Márcio Nunes. As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia substancial. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 35, n. 138, abr./jun. 1998, p. 218.

²¹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 6.

eram alcançados com extrema dificuldade (o direito de associação sindical)²². É com essa observação que Jorge Miranda inicia uma explanação acerca do surgimento do Estado Social.

Após o fim da Primeira Grande Guerra, o processo de desarticulação do liberalismo é acelerado. Não mais se sustenta a doutrina pautada na ordem natural da sociedade e da economia, pois esta restou desmentida pelas crises vivenciadas no mundo. A pura e simples passividade do Estado é veemente combatida por doutrinas socialistas que exigem a condução da economia pelo Poder Público²³.

O novo Estado, segundo Souza Júnior, deveria atender três grandes requisitos. Primeiramente, deveria preservar as indiscutivelmente valiosas conquistas do Estado Liberal, tais como o de liberdade e de supremacia do Direito; por conseguinte, deveria harmonizar a herança liberal com as novas e prementes exigências de igualdades mínimas de condições econômicas e de justiça social; e por fim, deveria ser compatibilizada tal constelação harmônica de valores com um processo político legitimamente democrático, ou seja, aberto, pluralista e universal²⁴.

E é exatamente nesse contexto que os direitos fundamentais sociais adentraram na ordem constitucional dos países ocidentais. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 colocou os direitos fundamentais em seu epicentro. Do ponto de vista topográfico, tais direitos encontram-se logo no início do corpo constitucional, demonstrando a grande importância que lhes foi atribuída pelo legislador constituinte originário²⁵.

O Título II da Constituição (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), encontra-se subdividido em cinco capítulos. O Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, corresponde aos direitos fundamentais de primeira geração: são os direitos individuais que se subdividem em direitos civis e políticos, tratando-se das liberdades negativas, pelo fato de se dirigirem contra o Estado e exigirem sua abstenção²⁶. Além disso, os Capítulos III, IV e V, “Da Nacionalidade”, “Dos Direitos Políticos” e “Dos Partidos Políticos”, todos dizem respeito aos direitos fundamentais de primeira geração.

²² MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais**. *Op. cit.*, p. 24.

²³ DOBROWOLSKI, Silvio. A expansão do poder no estado social – aspectos, ideias para contê-la. **Revista de Informação Legislativa**, a. 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 106.

²⁴ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

²⁵ GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. *Op. cit.*, p. 125.

²⁶ *Ibid.*, p. 126.

O Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, por sua vez, corresponde aos direitos de segunda geração. Fazendo referência ao capítulo 2.1, são “as denominadas liberdades positivas dos indivíduos, pelo fato de exigirem a intervenção do Estado, que deve assegurar certas prestações aos indivíduos²⁷”. O autor, ainda, menciona que existem mais direitos fundamentais de segunda geração esparsos no texto constitucional: no Título VII, que trata “Da Ordem Econômica e Financeira” e no Título VIII, que versa acerca “Da Ordem Social”²⁸.

O art. 6º anuncia quais são os direitos sociais, e trata apenas nesta parte (art. 7º - 11) dos direitos relacionados ao trabalho. De um modo não muito sistemático, a Constituição detalha os demais direitos de segunda geração no Título VIII (Da Ordem Social). Portanto, a Constituição de 1988 separou a Ordem Econômica da Ordem Social, e trouxe para dentro da ordem social os direitos sociais e culturais que eram tratados em separado, no título consagrado à família, educação e cultura, isso também desde a Constituição de 1934²⁹.

Por meio da positivação de determinados princípios e direitos fundamentais, consubstanciados na qualidade de expressões de valores e necessidades reconhecidos consensualmente pela comunidade histórica, o Poder Constituinte e a própria Constituição se transformam, nas palavras de Ingo Sarlet, citando José Joaquim Gomes Canotilho, em autêntica “reserva de justiça”³⁰. E é justamente nesse sentido que os direitos fundamentais, na ordem constitucional brasileira, passam a ser considerados para além de sua função originária de instrumento de defesa do particular em face do Estado, mas também como parte integrante de “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”³¹.

No âmbito de um Estado Social de Direito, ênfase da presente monografia, Ingo Sarlet leciona que os direitos fundamentais sociais constituem-se como exigência inafastável do efetivo exercício das liberdades e das garantias de igualdade de chances (oportunidades) inerentes à noção de uma democracia e de um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas também guiado por um valor de justiça material. E arremata:

²⁷ *Ibid.*, p. 126.

²⁸ *Ibid.*, p. 126.

²⁹ *Ibid.*, p. 127.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 60.

³¹ *Ibid.*, p. 60.

Cumpra frisar, ainda, que a idéia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigências do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que “homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade”³².

Como afirma o mesmo Ingo Sarlet³³, a Constituição Federal de 1988 abrange uma variada gama de direitos sociais, que, integrando o Título II e as demais partes da Carta Magna, correspondem aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Ainda, ressalta o autor, os direitos sociais também apresentam uma dupla dimensão: objetiva e subjetiva.

No que tange à dimensão subjetiva, os direitos sociais operam como possibilidade de serem exigíveis (em favor de seus respectivos titulares, indivíduos) em face de seus destinatários (Estado). Por óbvio, dificuldades se operam nesta esfera, eis que direitos prestacionais encontram-se condicionados a diversos fatores, tais como às disponibilidades de recursos, aos controles judiciais das políticas públicas, dentre outros.

Entretanto, no caso brasileiro, contata-se uma forte tendência doutrinária e jurisprudencial “no sentido do reconhecimento de um direito subjetivo definitivo”, ou seja, “concebido como garantia (fundamental) das condições materiais mínimas para uma vida com dignidade, o que, em termos de maior incidência, se verifica especialmente nos casos do direito à saúde e à educação³⁴”. Em suma, os direitos fundamentais sociais devem garantir, ao menos, o mínimo existencial.

Por outro lado, uma perspectiva estritamente objetiva denota que o conteúdo essencial de um direito fundamental deve ser definido com base no significado deste direito para com a vida social como um todo. Assim, proteger um direito fundamental implica em proibir restrições à sua eficácia, evitando que o torne sem significado para grande parte de indivíduos³⁵.

Tal perspectiva, portanto, reflete a estreita conexão destes direitos com o sistema de fins e valores constitucionais a serem respeitados e concretizados pela

³² *Ibid.*, p. 60.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 551.

³⁴ *Ibid.*, p. 551.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 185 e 186.

sociedade em geral. Impõe-se ao Estado o dever de permanente realização destes direitos fundamentais, permitindo, ainda, a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional tendo como perspectiva o bem comum³⁶.

Portanto, uma leitura do Texto Constitucional permite verificar a inclusão dos direitos fundamentais, de antemão, logo no primeiro capítulo da Constituição, o que denota a grande importância que lhes foi atribuída pelo legislador constituinte originário. Por sua vez, os direitos sociais, ênfase da presente monografia, possuem como finalidade o alcance do bem comum a partir de uma idéia de igualdade material. E é justamente nesse sentido que atuam os direitos trabalhistas elencados aos artigos 6º e 7º.

2.3 A possibilidade de intervenções em direitos fundamentais

O vocábulo “restrição”, segundo a enciclopédia Larousse Cultural, significa o ato ou efeito de restringir, sendo, assim, uma propriedade que impõe limites e/ou condicionantes a determinada coisa ou termo³⁷. Quanto ao tema da monografia, um conceito simplificado de restrição de direitos fundamentais informa uma redução ou uma diminuição de um direito. Trata-se de um conceito conciso, sem maiores explanações a serem feitas. Entretanto, é necessário que se compreenda sua extensão, ou, em palavras diversas, até que ponto determinado direito tido como fundamental pode, ou não, ser restringido ou sofrer intervenções³⁸.

A definição de limites, para o exercício de determinado direito fundamental, motiva-se pela existência de valores em jogo no ordenamento jurídico³⁹. Explica-se: existem cidadãos detentores de direitos ou interesses coletivos a serem sopesados quando do exercício de determinado direito fundamental individual (por exemplo, a função social da propriedade em face do direito fundamental à propriedade, individualmente considerado).

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 552.

³⁷ ROCHA, Ruth. **Grande enciclopédia Larousse Cultural**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997, vol. QUA-REZ, p. 5120.

³⁸ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 308.

³⁹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia?**. Revista de informações legislativas, Brasília, ano 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 259-268, p. 263.

A intervenção nos direitos fundamentais, de modo a limitá-los, deriva da complexa relação entre as normas que os outorgam a seus respectivos titulares. A característica de generalidade e de abstração dos direitos fundamentais os torna dependentes do legislador ordinário, que, em determinadas situações os concretiza, e, em situações diversas, os limita⁴⁰.

E é nesse contexto de colisão que a limitação aos direitos se torna relevante. O exercício de direitos individuais pode, sem sombra de dúvidas, dar ensejo a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Relevante, portanto, a definição do denominado “âmbito ou núcleo de proteção”.

O âmbito de proteção de certo direito fundamental depende de uma interpretação sistemática de toda a Constituição. Ou seja, a fim de averiguar o âmbito de proteção de determinado direito, é imprescindível analisá-lo em confronto com todo o texto constitucional. Como afirma Gilmar Mendes, exige-se, para tanto, a aferir a norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista: a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção; b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição⁴¹.

Em seu turno, Ingo Sarlet sustenta que o âmbito de proteção de um direito fundamental “abrange os diferentes pressupostos fáticos instituídos pela respectiva norma jurídica”. Simplificando sua explanação, arremata que “trata-se do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado⁴²”. Segundo o autor, precisar se determinado objeto ou conduta se encontra protegido por determinado direito fundamental não é tarefa fácil, exigindo-se cuidadosa investigação acerca de quais qualidades estão, de fato, asseguradas por determinada norma constitucional.

Há casos que o próprio preceito constitucional não abrange certa conduta ou modo de exercício, não integrando, portanto, seu âmbito de proteção. Como exemplo, apresentam-se as disposições do artigo 5º, XVI, que prescreve que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização”. Um caso de reunião de pessoas armadas, em local público, pode ser proibida por atuação Estatal, eis que “a ação do Estado que

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 148.

⁴¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 35.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. *Op. cit.*, p. 396.

proibiria tal reunião não recai sobre um comportamento individual ou coletivo abrangido pela área de proteção de nenhum direito fundamental⁴³.

Veja-se, portanto, que no caso acima referido, a conduta de reunir-se com armas em local público não integra o âmbito de proteção do direito fundamental previsto ao artigo 5º, XVI, da Constituição. Uma intervenção Estatal, neste sentido, não ofende a garantia constitucionalmente prevista.

Em segundo plano, é possível justificar uma intervenção quando uma norma infraconstitucional restringe determinado direito pela chamada “reserva legal”. Para indicar restrições, o constituinte se utiliza de expressões diversas, tais como “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” e “salvo nas hipóteses previstas em lei”, encontradas ao artigo 5º, incisos VI, XII e LVIII, respectivamente. Em determinadas situações, ainda, a norma fundamental refere-se a conceito jurídico indeterminado, o qual terá o condão de balizar a conformação de determinado direito com sua aplicação no caso concreto. É o caso, por exemplo, da “função social” (art. 5º, XXIII)⁴⁴.

Por fim, tem-se a possibilidade de intervenção justificada quando houver colisão entre direitos fundamentais. Em determinados casos, um interesse individual pode colidir com um interesse coletivo, de modo que, a partir de uma ponderação, em nome do interesse coletivo, o direito individual pode ser restringido. Nesse sentido:

Temos, finalmente, a possibilidade de intervenção justificada se dois direitos fundamentais ou um direito fundamental do indivíduo e um princípio de interesse geral colidirem quando da aplicação de normas do direito infraconstitucional. Exemplos: a polícia proíbe uma reunião para possibilitar o exercício da liberdade de locomoção; [...] Nesses casos, o comportamento proibido situa-se na área de proteção, porém sua proibição ou limitação pode vir a ser constitucionalmente justificada pela existência de uma colisão normativa. Seu pressuposto é a atividade legiferante infraconstitucional do Estado que, ao perseguir a proteção de bens jurídicos constitucionais, acaba tendo que limitar o exercício de um direito fundamental⁴⁵

José Joaquim Gomes Canotilho faz aportes interessantes acerca de importantes distinções que guardam relação com a colisão de direitos fundamentais.

⁴³ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 149.

⁴⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. *Op. cit.*, 2012, p. 36.

⁴⁵ DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 150.

Afirma o constitucionalista que a “concorrência” de direitos fundamentais ocorre quando certo comportamento do titular preenche o suporte fático de vários direitos fundamentais. Entretanto, tal não se confunde com a “colisão”, ocorrendo essa última quando o exercício de determinado direito fundamental de um titular colide com o exercício de determinado direito fundamental de titular diverso. Nesse último caso, não há cruzamento, acumulação ou concorrência de direitos, mas sim autêntico conflito⁴⁶.

Como visto, portanto, a atividade legislativa para fins de restrição dos direitos fundamentais encontra-se evidentemente facilitada pelas denominadas “reservas legais”. Entretanto, quanto à última hipótese – de restrição decorrente de colisões entre direitos, sem reserva constitucional expressa –, deve ser dotada de muita cautela, sendo imprescindível que se assente, sobremaneira, também em norma constitucional⁴⁷.

Os direitos fundamentais, dada sua natureza, vivem em permanente tensão, limitando-se reciprocamente. Quando se chocam, em casos concretos, há evidente dificuldade de ponderação acerca de qual prevalecerá, já que direitos fundamentais são expressos por normas constitucionais idênticas, de mesma hierarquia e força vinculativa, tornando imperiosa uma decisão (legislativa ou judicial) que satisfaça os postulados da Unidade da Constituição, da máxima efetividade dos direitos fundamentais e da concordância prática. A solução da colisão vai muito além da utilização de princípios e postulados específicos da interpretação constitucional, exigindo, sobremaneira, a aplicação dos princípios da proporcionalidade e da argumentação jus fundamental⁴⁸.

Como afirma Marcelo Schenk Duque, a doutrina liga o conceito de reservas legais implícitas, ou seja, aquelas limitações a direitos fundamentais que independem de reservas legais expressas, à noção dos chamados limites “imanescentes”. Segundo o autor, alicerçando-se na doutrina alemã de Günter Dürig, todos os direitos fundamentais estão sujeitos a limites imanescentes, que restringem a liberdade de ação geral.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1191.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 55.

⁴⁸ STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

Isso ocorre independentemente de previsão expressa no texto constitucional, eis que todos os direitos fundamentais devem vigor com respeito a direitos – sejam fundamentais ou não – de terceiros, à lei moral, e à ordem constitucional. Chamam-se, portanto, de reservas legais implícitas⁴⁹.

Portanto, é conclusão lógica que até mesmo direitos fundamentais sem expressa reserva podem sofrer restrições, desde que encontrem ponto de apoio na própria Constituição. Nesse sentido:

A partir do instante em que um ordenamento constitucional de feição livre e democrática prevê, como faz explicitamente a LF e implicitamente a CRFB, que o livre desenvolvimento da personalidade encontra os seus limites no direito de terceiros, na ordem constitucional e na lei moral, ele não está fazendo alusão à outra coisa, do que o próprio sistema de valores da Constituição. A conclusão lógica é que mesmo direitos sem reservas podem sofrer restrições, desde que elas encontrem ponto de apoio na própria Constituição⁵⁰.

Portanto, pode-se concluir que muito embora possuam extrema relevância para a caracterização de um regime democrático e para o respeito à dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais podem sofrer restrições. Tais restrições, ainda, não ocorrem apenas nos direitos previstos em dispositivos constitucionais que possuam expressa cláusula de reserva, sendo possível, assim, sua restrição decorrente das denominadas restrições implícitas – ou, em nomenclatura diversa, limites imanentes.

⁴⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 353.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 360.

3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

O presente capítulo busca analisar, inicialmente, os instrumentos de negociação coletiva presentes no ordenamento jurídico brasileiro. A partir da diferenciação da convenção coletiva do acordo coletivo, analisa-se o seu fundamento constitucional: o princípio da autonomia privada coletiva, prevista ao artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que prevê o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”.

Tal princípio permite que os próprios interessados da relação de trabalho criem, editem e reformem normas jurídicas, de modo a aplicá-las no seu âmbito de abrangência. Levanta-se, portanto, o questionamento acerca da fundamentalidade do citado direito coletivo: trata-se de direito de caráter fundamental?

Essa pequena introdução se faz necessária a fim de contextualizar o âmbito de análise do primeiro capítulo da monografia. Abordar-se-á, nos subcapítulos seguintes, as características e distinções dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho, o princípio da autonomia privada coletiva e sua respectiva relação com os direitos fundamentais.

3.1 Características e distinções acerca dos instrumentos de negociação coletiva de trabalho

Os diplomas negociais coletivos – compreendidos, nessa expressão, os acordos e convenções –, mostram-se como alguns dos mais importantes e notórios destaques próprios do Direito do Trabalho. Maurício Godinho Delgado afirma que os institutos firmaram o marco em que o ramo trabalhista do Direito fez contraposição à hegemonia incontestável do individual tão comum nos mais diversos ramos do Direito⁵¹.

Mauro Mascaro Nascimento, por sua vez, aponta que o termo “negociação coletiva” desemboca em duas modalidades de instrumentos jurídicos que formalizam

⁵¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 165.

e dão concretude aos termos pactuados: a convenção coletiva de trabalho, mais ampla; e o acordo coletivo de trabalho, mais restrito⁵².

A CLT, em seu artigo 611, *caput*, define Convenção Coletiva de Trabalho em razão dos sujeitos que a celebram, ou seja, pelo seu caráter subjetivo⁵³. Segue-se que, portanto, as convenções são negociações entabuladas por entidades sindicais, envolvendo o âmbito da categoria – a profissional, dos obreiros; e a econômica, dos empregadores⁵⁴. Tratam-se de instrumentos negociados em âmbito de categorias econômicas e profissionais, ambas representadas pelos seus respectivos sindicatos⁵⁵.

O jurista Mozart Victor Russomano traz um conceito que muito bem explica o anteriormente apontado:

[...] convenção coletiva de trabalho é o convênio entre o sindicato operário e o sindicato patronal correspondente [...], tendo por objeto principal a estipulação de normas a serem respeitadas através dos contratos individuais de trabalho e por objeto secundário a criação de direitos e obrigações assumidas pelos convenientes a título próprio⁵⁶.

Durante algum tempo, as convenções coletivas foram o único meio de negociação coletiva presente no ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, o Decreto-Lei 229 de 1967 incluiu o § 1º ao artigo 611 da CLT, acrescentando os acordos coletivos como forma de pactuação⁵⁷.

Desse modo, atualmente, a convenção coletiva de trabalho não é o único meio pelo qual se estipulam normas coletivas. O § 1º do artigo 611 da CLT dispõe que é facultado aos sindicatos representantes dos empregados celebrarem acordos coletivos com uma ou mais empresas⁵⁸, nos seguintes termos:

⁵² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 461.

⁵³ Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

⁵⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. *Op. cit.*, p. 165.

⁵⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 462.

⁵⁶ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 150.

⁵⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 464.

⁵⁸ § 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

Pelo próprio texto da Consolidação, entende-se que o acordo coletivo de trabalho consiste no pacto, também de caráter normativo, “pelo qual um sindicato representativo de certa categoria profissional e uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas empresas, às relações individuais de trabalho⁵⁹”.

Conclui-se, pois, que no acordo coletivo não é necessária a presença de sindicato no lado empresarial da negociação, apesar de ser imprescindível a participação do sindicato obreiro do pólo adverso⁶⁰. *A priori*, pode-se entender pela existência de um conflito entre o artigo 611, § 1º, e a disposição do artigo 8º, VI, da Constituição Federal, que prescreve que é “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”.

Aponta-se, entretanto, que a jurisprudência já consolidada pendeu para o sentido de que o artigo 8º, VI, da Carta Maior, referiu-se apenas à entidade sindical obreira, posto que o empregador, por sua própria natureza, já é um ser coletivo – ao passo que os trabalhadores somente adquirem tal qualidade de agrupamento mediante sua atuação coletiva. Desse modo, não houve invalidação dos acordos coletivos a contar da vigência da nova Constituição⁶¹.

Sintetizando-se o conceito de acordo coletivo de trabalho, afirma-se que este consiste no “negócio jurídico entre o sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas pertencentes à categoria econômica sobre condições de trabalho⁶²”. Portanto, a negociação é entre o sindicato obreiro e a empresa, ou empresas, individualmente consideradas.

A distinção entre convenção coletiva e acordo coletivo, desse modo, reside no ponto concernente à representação. Enquanto este é celebrado entre o sindicato dos empregados e uma ou mais empresas – de forma individual –, aquela é pactuada entre o mesmo sindicato dos trabalhadores e o sindicato de empregadores da respectiva categoria econômica⁶³. Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado:

A CCT tem, em seus polos subjetivos, necessariamente, entidades sindicais, representativas de empregados e empregadores, respectivamente. É pacto subscrito por sindicatos representativos de

⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. Op. cit., p. 166.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 166.

⁶¹ *Ibid.*, p. 166.

⁶² MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 902.

⁶³ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 145.

certa categoria profissional e sindicatos representativos da correspondente categoria econômica.

O ACT, ao revés, tem, em um de seus polos subjetivos, empregadores não necessariamente representados pelo respectivo sindicato. As empresas, individualmente ou em grupo, podem subscrever, sozinhas, acordos coletivos com o correspondente sindicato representativo de seus empregados⁶⁴.

Tendo em vista que o sindicalismo obreiro é mais intenso que o sindicalismo patronal, é comum, na prática, que a categoria econômica não esteja representada por sindicato⁶⁵. Daí a importância do acordo coletivo de trabalho.

É em razão dessa diferenciação entre os polos subjetivos da convenção e do acordo coletivo que a abrangência de cada qual será diferente. Daquela, por ser entre sindicatos, vai abarcar um maior número de empregados e empregadores que as deste⁶⁶.

Assim, a convenção incide em um universo mais amplo, que se caracteriza pela base profissional e econômica representada pelos respectivos sindicatos pactuantes. Respeitadas as fronteiras máximas da base territorial das representações sindicais, essas convenções abrangem todos empregados e seus respectivos empregadores englobados nas categorias econômicas e profissionais⁶⁷.

O acordo, por sua vez, tem uma abrangência eminentemente mais restrita. Atinge apenas e tão somente os empregados vinculados à empresa, ou empresas, signatárias do diploma negocial. “Não obriga as empresas não convenientes, nem atinge os empregados destas, ainda que se trate da mesma categoria econômica e profissional⁶⁸”.

Portanto, conclui-se que as convenções e acordos coletivos possuem diferenças em relação aos seus aspectos subjetivos e aos seus âmbitos de incidência – as primeiras são celebradas entre sindicatos, com abrangência em toda a categoria, enquanto os segundos entre sindicato e empregador, com abrangência nos trabalhadores da empresa signatária.

⁶⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. *Op. cit.*, p. 167.

⁶⁵ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 150.

⁶⁶ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. *Op. cit.*, p. 145.

⁶⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. *Op. cit.*, p. 168.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 168.

3.2 O princípio da autonomia privada coletiva como fonte geradora de normas jurídicas

Toda e qualquer relação entre indivíduos, pelo caráter humano do relacionamento, é passível de ocasionar conflitos. Não poderia ser diferente, portanto, nas relações de trabalho. O denominado “conflito” se caracteriza em razão da existência de uma divergência entre duas – ou mais – pessoas que, em razão da áspera oposição de seus interesses, transforma-se no dito cujo⁶⁹.

Restringindo o conceito de conflito para as relações de trabalho, afirma-se que um conflito dessa natureza “é o litígio entre trabalhadores e empresários ou entidades representativas de suas categorias sobre determinada pretensão jurídica de natureza trabalhista, com fundamento em norma jurídica vigente ou tendo por finalidade a estipulação de novas condições de trabalho⁷⁰”. Portanto, vislumbra-se que, nos conflitos trabalhistas, não há uma discussão que paire necessariamente sobre determinada norma trabalhista. Pelo contrário, pode-se conflitar pela elaboração das mesmas.

Nesse sentido, compreende-se no Estado moderno o exercício do poder para a solução de conflitos individuais e coletivos, por meio das prerrogativas de decidir imperativamente e de impor decisões. Ou seja, cabe ao poder Estatal dirimir os conflitos que envolvem pessoas, sendo “a pacificação o escopo magno da jurisdição⁷¹”.

São três os modos de solução de conflitos hoje conhecidos: a autotutela, a heterocomposição e, com maior destaque para o desenvolvimento da presente pesquisa, a autocomposição. Na primeira, há a ocorrência de uma imposição, pelo próprio sujeito e de forma unilateral, do interesse que se busca proteger. Permite, portanto e de certo modo, o exercício de uma coerção por um particular na defesa de seus interesses⁷².

Em contramão, a heterocomposição ocorre quando determinado conflito é solucionado por meio de um agente exterior à relação conflituosa. Ou seja, os

⁶⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 225.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 226.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 30.

⁷² DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. *Op. cit.*, p. 150.

sujeitos, ao invés de procurarem a solução isoladamente e por si próprios, submetem a um terceiro o seu atrito, do qual emana a pacificação⁷³.

A autocomposição, por sua vez, é vislumbrada “quando o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia⁷⁴”. A negociação coletiva consiste em uma fórmula autocompositiva de solução de conflitos, de caráter essencialmente democrático, já que gere interesses profissionais e econômicos de significativa relevância social⁷⁵.

É preciso atentar que a relação individual de trabalho coloca em pauta, em razão de sua própria natureza, duas partes: o empregado e o empregador. Veja-se que, no caso, cada qual se encontra individualmente considerado, detendo o empregador o poder de, unilateralmente, estabelecer as condições de prestação do labor – tais como jornada, função, salário, etc⁷⁶. Note-se, portanto, que a figura do obreiro se encontra economicamente hipossuficiente em relação à da figura patronal.

A relação coletiva de trabalho, por outro lado, segue lógica diversa. Os empregadores podem, ou não, estar reunidos em seu sindicato patronal; os empregados, entretanto, devem estar sempre unidos e organizados na entidade sindical que os representa⁷⁷. Portanto, na relação coletiva, inexistente hipossuficiência apta a justificar a incidência irrestrita de princípios inerentes à relação individual de trabalho, tal como o da proteção. Para tanto, substitui-se este pelo princípio da autonomia privada coletiva⁷⁸, previsto pelo artigo 7º, XXVI, da Constituição Federal, que prescreve o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. É nesse contexto que as negociações coletivas se inserem no ordenamento jurídico brasileiro.

Esse princípio da autonomia privada coletiva nada mais é do que “o poder social dos grupos representados autorregularem seus interesses gerais e abstratos, reconhecendo o Estado a eficácia plena dessa avença em relação a cada integrante

⁷³ *Ibid.*, p. 150.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 150.

⁷⁶ HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. *Op. cit.*, p. 46.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 46.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 46.

dessa coletividade, a par ou apesar do regramento estatal⁷⁹". Sérgio Pinto Martins apresenta uma conceituação que, embora concisa, é clara e suficiente:

Autonomia privada é o poder de criar normas jurídicas pelos próprios interessados. É a manifestação de um poder de criar normas jurídicas, diversas das previstas pelo Estado e, em certos casos, complementando as normas editadas por aquele. É o poder de regular os próprios interesses⁸⁰.

Pela interpretação desse princípio constitucional, conclui-se que o conteúdo normativo das convenções e acordos coletivos revela uma parcial abdicação legiferante por parte da figura Estatal contemporânea, ao admitir e até impor esse tipo de negociação, não chegando ao ponto, entretanto, de haver renúncia da sua função normativa⁸¹. José Martins Catharino afirma que esse fenômeno não consiste em qualquer paradoxo ou contradição. O contrário: significa evolução⁸².

Muito embora tenham origem privada, as convenções e acordos coletivos criam regras jurídicas (normas autônomas), ou seja, preceitos abstratos, gerais e impessoais, dirigidos a normatizar relações futuras. Correspondem, portanto, na noção de lei em sentido material, embora despontem, do ponto de vista formal, um acordo de vontade entre sujeitos coletivos sindicais – a grosso modo, um contrato⁸³.

Assim, em que pese a primeira e mais elementar fonte de direito do trabalho no Brasil seja a lei, as negociações coletivas passam a desempenhar um papel de suma importância no que tange o aprimoramento de institutos contidos na CLT e em leis esparsas⁸⁴. Nem todas as benéficas condições de trabalho, hoje previstas em lei, tiveram sua gênese no paternalismo estatal. Por exemplo, o décimo terceiro salário foi confeccionado no âmbito de negociações coletivas, e posteriormente foi incorporada à legislação⁸⁵.

A negociação coletiva é "um impulso dos atores das relações de trabalho subordinado para emancipar-se da disciplina da lei e, do ponto de vista do

⁷⁹ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho, volume II**. 21 ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 1178.

⁸⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. *Op. cit.*, p. 867.

⁸¹ CATHARINO, José Martins. **Tratado elementar de direito sindical**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1982, p. 204.

⁸² *Ibid.*, p. 204.

⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. *Op. cit.*, p. 166.

⁸⁴ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho, volume II**. *Op. cit.*, p. 1188.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 1188.

trabalhador, da tutela emanada do poder público⁸⁶. Não se trata, entretanto, de uma separação absoluta entre a vontade dos contratantes e a autoridade Estatal, cuja regulamentação abarca um aspecto global de tutela mínima das relações jurídicas trabalhistas. Consiste, reafirmando, em um impulso progressivo, mas gradual, da referida emancipação⁸⁷.

Desde há muito já se ressaltavam as vantagens e qualidades da negociação coletiva. Para o Estado, trata-se de um instrumento de paz social; para o empregador, é um meio de negociação pacífica; e por fim, para os trabalhadores, consiste na possibilidade de conquista de direitos sem o sofrimento que é inerente à luta de classes e com o conseqüente reconhecimento, por parte do empregador, da legitimidade do agrupamento obreiro na personificação do sindicato⁸⁸.

Amauri Mascaro Nascimento cita que a criação de normas que, futuramente, serão aplicadas às relações individuais de trabalho, é a função precípua da negociação coletiva – que decorre do princípio da autonomia privada coletiva. “A sua importância, como fonte de regulamentação dos contratos individuais de trabalho, é das maiores, sendo essa sua missão, e por si justificadora de sua existência⁸⁹”.

Sobre a relevância da negociação coletiva, Maurício Godinho Delgado faz os seguintes apontamentos:

A importância da negociação coletiva trabalhista transcende o próprio Direito do Trabalho. 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 social⁹⁰.

Portanto, pode-se concluir que a negociação coletiva é instrumento inerente a sociedades democráticas e decorre do princípio da autonomia privada coletiva, mas com ele não se confunde⁹¹. Muito embora de origem privada, consiste em lei no sentido material, sendo uma de suas principais funções a criação de normas jurídicas pelos e para os interessados na relação trabalhista. Em apertadíssimo

⁸⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 169.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 169.

⁸⁸ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 144.

⁸⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 433.

⁹⁰ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15 ed. LTr: São Paulo, 2016, p. 1516.

⁹¹ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho, volume II**. *Op. cit.*, p. 1178.

resumo, é um modo autocompositivo de solução de conflitos que busca predominantemente a paz social.

3.3 A autonomia privada coletiva como direito fundamental e como instrumento efetivador de direitos fundamentais

A Constituição Federal contempla uma extensa variedade de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. As disposições constitucionais regulam o alicerce da relação contratual de emprego, fixando o estatuto básico do vínculo empregatício, e, ainda, conferindo destaques para situações especiais⁹².

Como aferido no capítulo anterior, são três os modos existentes de resolução de conflitos nas relações de emprego: a autotutela, a heterocomposição e a autocomposição. Esta última, com maior destaque para o desenvolvimento da presente monografia, tem gênese nas negociações coletivas de trabalho, dando origem a instrumentos normativos denominados convenção coletiva e/ou acordo coletivo de trabalho.

A previsão constitucional dos institutos encontra-se inserida no Título II, mais especificamente ao artigo 7º, inciso XXVI. Veja-se, portanto, que se encontra logo de antemão nas primeiras disposições do Texto Maior.

A autonomia privada coletiva, no âmbito do direito coletivo do trabalho, é o poder por meio do qual as entidades sindicais se auto-organizam e autorregulam os conflitos coletivos de trabalho, produzindo normas atinentes à vida sindical e às relações individuais e coletivas de trabalho entre trabalhadores e empregadores⁹³. Veja-se, portanto, que se trata de um instrumento com o qual podem ser criados direitos, pelos respectivos interessados na relação (categorias de trabalhadores e empregadores), em seus próprios interesses.

É evidente o reconhecimento, por parte da doutrina, das negociações coletivas como um direito fundamental. É corriqueiro encontrar ensinamentos de que

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 479 e 480.

⁹³ SOBRAL, Jeana da Silva. **Negociação coletiva como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais**. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo, v. 48, n. 092, p. 451-456, ago. 2012, p. 456.

tal reconhecimento pretendeu explicitar um dever geral de proteção por parte do legislador, de modo a conter diretrizes com a finalidade de garantir a proteção necessária ao trabalhador no sentido de criar sua própria disciplina normativa à sua respectiva categoria⁹⁴.

Ingor Sarlet sustenta que os direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa, ou seja, negativos (tal como o reconhecimento da autonomia da negociação coletiva, sem interferência Estatal), seja na dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. O autor arremata seu pensamento aduzindo que o reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve, bem como de associação sindical – e de suas respectivas atuações, por consequência lógica –, foi resultado das reivindicações das classes trabalhadoras⁹⁵.

Em diversas situações, a disciplina normativa constitucional se mostra apta para que se configure direito subjetivo do empregado em face do empregador, ainda que, em algumas situações, a matéria venha a ser objeto de legislação específica. Tome-se como exemplo o artigo 7º, inciso VIII, que dispõe acerca do “décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria”. Nesse caso, há aplicação direta da norma de caráter fundamental às relações privadas, como preleciona Gilmar Mendes⁹⁶.

Entretanto, existem situações em que há mero direito subjetivo à edição de normas, tais como no exemplo do artigo 7º, inciso II, que prescreve a existência de “seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”. Acerca desta modalidade, ensina o mesmo autor:

Em outras situações, tem-se direito subjetivo à edição de normas ou à criação/preservação e desenvolvimento de institutos especiais (direito subjetivo público/possibilidade de omissão inconstitucional) e/ou direito subjetivo a normas de organização e procedimento⁹⁷.

⁹⁴ STÜRMER, Gilberto. Negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e a reforma trabalhista. In **Desafios da reforma trabalhista**. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães e Luciano Martinez, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 169-188, p. 174 e 175.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. *Op. cit.*, p. 101.

⁹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 481.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 481.

Em palavras diversas: algumas vezes, as disposições constitucionais referentes aos direitos sociais têm aplicação imediata, não necessitando de regulamentação. Por outro lado, determinados direitos necessitam de regulamentação, não tendo aplicabilidade imediata – vide artigo 7º, inciso XXIII, que prevê o adicional de penosidade. Nesse direito, que ainda não regulamentado por lei, qual a base de cálculo para o respectivo adicional? Quais atividades são assim consideradas? O adicional é de natureza salarial ou indenizatória?

Tendo em vista que as convenções e acordos coletivos têm o objetivo de “criação de norma jurídica em harmonia com a normatividade heterônoma estatal⁹⁸”, seria perfeitamente possível que uma convenção ou um acordo coletivo de trabalho editasse regulamentação acerca do adicional previsto ao artigo 7º, inciso XXIII. Nessa hipótese, a norma coletiva teria evidente caráter efetivador de um direito constitucional (e, portanto fundamental), na relação de trabalho dos pactuantes.

Resta evidente, portanto, que o reconhecimento das normas coletivas, além de revestir-se do manto de direito fundamental, é também instrumento apto a efetivar os mais diversos direitos fundamentais.

Nesse sentido é o que aponta Maurício Godinho Delgado. Quando as normas coletivas implementarem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação Estatal aplicável, as normas autônomas conseqüentemente elevarão o patamar dos direitos trabalhistas, quando comparado com o padrão geral imperativo existente⁹⁹. Assim fazendo, não há, sem sobra de dúvidas, qualquer tipo de vício ou problema, já que está a se dar maior amplitude a direitos trabalhistas, sejam fundamentais ou não.

Há quem mencione não haver divergências intelectuais de que a negociação coletiva, decorrente da autonomia privada coletiva se trata de instrumento de efetividade dos direitos sociais. Isso porque tal instituto possui, na prática, a capacidade de preencher lacunas, antecipar a regulamentação de direitos garantidos, porém com eficácia contida, equilibrar forças contrárias nas relações

⁹⁸ MEIRELES, Ana Cristina Costa; SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009, p. 99.

⁹⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Negociação coletiva trabalhista. **Direito do trabalho e direito da segurança social**. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 237-272, p. 268.

laborais e garantir a paz social. Assim, “indubitavelmente, é instrumento de efetividade dos direitos sociais¹⁰⁰”.

O reconhecimento constitucional das normas coletivas não foi o único fim almejado pelo constituinte originário. Vai além: por meio do mesmo, o Estado reconhece os poderes inerentes às pessoas e aos seus respectivos grupos organizados de autoconduzir-se e co-decidir sobre o ordenamento das condições de trabalho que lhe interessam. Enfim, faculta às partes a figura de protagonizar a autocomposição de seus interesses coletivos, solver suas desinteligências fora da heterocomposição Estatal, pela via do entendimento direto, fazendo valer o que restar pactuado como lei entre as partes – se, por óbvio, inexistir ferimento a norma de ordem pública¹⁰¹.

Os direitos sociais são tão importantes como os demais direitos fundamentais clássicos derivados do liberalismo, eis que surgiram nas mesmas circunstâncias que aqueles: quando houve demanda para seu surgimento¹⁰². Não há razão para não reconhecer, portanto, o princípio da autonomia privada coletiva como direito fundamental. Ainda, vai-se além: trata-se de um princípio que dá origem às negociações coletivas e instrumentos normativos de trabalho (acordos e convenções), os quais, na condição de fontes do direito do trabalho, têm o condão de efetivar – até mesmo estimular – a aplicabilidade de diversos outros direitos fundamentais.

Portanto, resta evidente que a autonomia privada coletiva (artigo 7º, inciso XXVI da Constituição Federal) agasalha-se das características de direito fundamental, seja pela sua materialidade, seja pela sua formalidade – a sua inserção no rol de direitos fundamentais. Ainda, vai além: trata-se de meio pelo qual os mais diversos direitos fundamentais são efetivados na concretude das relações individuais de trabalho, revestindo-se de extrema relevância para os interessados da relação coletiva laboral.

¹⁰⁰ SOBRAL, Jeana da Silva. **Negociação coletiva como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 451.

¹⁰¹ TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Princípios da negociação coletiva. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro e SILVESTRE, Rita Maria (coordenadores). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105-128, p.116.

¹⁰² MEIRELES, Ana Cristina Costa; SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. *Op. cit.*, p. 73.

4 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após explanações teóricas acerca dos direitos fundamentais, do princípio da autonomia privada coletiva e seus respectivos desdobramentos teóricos e práticos, mister que se analise a relação inafastável de ambos.

Analisar-se-á, portanto, a possibilidade de flexibilização de direitos fundamentais mediante negociação coletiva de trabalho e, conseqüentemente, os limites impostos por aqueles em face desta. Por fim, far-se-á uma análise aos recém incluídos artigos 611-A e 611-B da CLT, pela Lei 13.467/2017, que passou a dispor que o negociado coletivamente prevalecerá sobre o legislado em determinadas hipóteses.

Ao fim, concluir-se-á se tais dispositivos reformistas encontram respaldo constitucional ou, ainda, se ofendem direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

4.1 A possibilidade de flexibilização de direitos fundamentais por negociação coletiva

Como elencado no capítulo anterior, os acordos e convenções coletivas, frutos da negociação coletiva e do princípio da autonomia privada coletiva, são considerados direitos fundamentais sociais. Além de assim serem considerados, são instrumentos que dão efetividade e concretude a mais ampla gama de direitos fundamentais.

Entretanto, questiona-se se é possível, por meio da negociação coletiva, reduzir ou até mesmo suprimir direitos. Existem situações – corriqueiras, diga-se de passagem – em que crises econômicas tomam o lugar de épocas de prosperidade, o que dificulta a concessão e manutenção de determinados direitos trabalhistas concedidos.

A negociação coletiva tem por fim precípua harmonizar os interesses contrapostos dos trabalhadores e dos empregadores. Possui, desse modo,

finalidade compositiva, com conseqüente resolução de conflitos por meio da via extrajudicial¹⁰³.

Por ser uma forma autocompositiva de resolução de conflitos, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia, gerindo o interesse das partes¹⁰⁴, é possível que uma das partes ceda em determinado tema, enquanto obtém vantagens em tema diverso. Assim, trata-se de cristalina negociação.

As negociações coletivas têm como principal meta e objetivo a melhoria das relações de trabalho, ao passo em que, simultaneamente, atendem às reivindicações comuns. Ou seja, devem, ao mesmo tempo, não só melhorar as condições de trabalho dos titulares de direitos sociais (trabalhadores), mas também atender eventuais reivindicações dos setores econômicos (empregadores). Em um sistema econômico de inflação contínua, a finalidade mais sentida da negociação coletiva é a de recomposição dos salários defasados (correção salarial)¹⁰⁵.

Partindo-se para os ensinamentos de Gilmar Ferreira Mendes e fazendo-se referência ao primeiro capítulo, para indicar restrições a direitos, o constituinte se utiliza de expressões diversas, tais como “nos termos da lei”, “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” e “salvo nas hipóteses previstas em lei”, encontradas ao artigo 5º, incisos VI, XII e LVIII, respectivamente. Em determinadas situações, ainda, a norma fundamental refere-se a conceito jurídico indeterminado, o qual terá o condão de balizar a conformação de determinado direito com sua aplicação no caso concreto. É o caso, por exemplo, da “função social” da propriedade (art. 5º, XXIII)¹⁰⁶.

Além de haver previsão constitucional expressa acerca do “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, ao inciso XXVI, o próprio artigo 7º também menciona possíveis restrições aos direitos ali previstos. Tem-se como exemplos os incisos VI, XIII e XIV, que asseguram a irredutibilidade salarial e a duração máxima da jornada de trabalho, impondo limites a serem observados, salvo negociação coletiva¹⁰⁷.

¹⁰³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 433.

¹⁰⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. *Op. cit.*, p. 150.

¹⁰⁵ AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 316.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. *Op. cit.*, p. 36.

¹⁰⁷ Art. 7º [...] VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção

Portanto, nas hipóteses elencadas, o legislador assegura uma norma de garantia, reconhecendo e garantindo determinado âmbito de proteção e, ao mesmo tempo, submete os direitos à possibilidade de restrições¹⁰⁸, mediante “negociação coletiva de trabalho”. Tratam-se das já mencionadas reservas legais¹⁰⁹.

A doutrina trabalhista amplamente majoritária também opina nesse sentido. Muito embora, em um primeiro momento, a finalidade das negociações coletivas seja a autocomposição das partes e tão somente e a dação de melhores condições de trabalho aos empregados, aceita-se que devem se submeter ao processo negocial a flexibilização dos salários e das jornadas de trabalho, em razão das expressas disposições constitucionais insculpidas nos incisos VI, XIII e XIV do artigo 7º, para reduzir os salários ou para compensar e reduzir a jornada¹¹⁰.

O jurista trabalhista Amauri Mascaro Nascimento sustenta que a negociação coletiva apresenta também uma certa função econômica. Aduz que, em uma economia próspera, consiste no meio de distribuição de riquezas – por meio de reajustes salariais em um setor em alta; ainda, pode ser o meio de redução de vantagens do trabalhador em uma economia em crise, permitindo ajustes entre as possibilidades da empresa, dada sua dimensão e dadas as necessidades do trabalhador. Nesse sentido:

A negociação coletiva cumpre, também, uma função econômica. É meio de distribuição de riquezas numa economia em prosperidade, ou de redução de vantagens do assalariado numa economia em crise. Permite ajustes entre possibilidades da empresa, segundo o seu tamanho e necessidades do trabalhador¹¹¹.

Em sentido estritamente similar se apresenta Maurício Godinho Delgado¹¹². Além de elencar que as funções da negociação coletiva constituem-se na formação de normas jurídicas, na pacificação de conflitos de natureza sociocoletiva e na função sociopolítica, menciona que a negociação coletiva detém função, também, econômica.

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

¹⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. *Op. cit.*, p. 1224 e 1225.

¹⁰⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. *Op. cit.*, 2012, p. 36.

¹¹⁰ AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 316.

¹¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 434.

¹¹² DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 191 e 192.

O papel econômico é, de fato, notório, uma vez que os instrumentos normativos são aptos para produzir adequações às particularidades regionais ou históricas de regras de indisponibilidade relativa que existem no Direito Individual do Trabalho, conferindo “dinamismo econômico à própria ordem jurídica trabalhista de certa realidade social¹¹³”.

Os avanços tecnológicos e a informática deram origem a uma nova era nas relações de trabalho, amplamente influenciada e alterada pela tecnologia. A mão de obra foi substituída por máquinas, novas profissões surgiram, alterando substancialmente não apenas as relações individuais de trabalho, mas também as coletivas. Assim, os sindicatos foram obrigados a aceitar negociar temas não usuais, como formas de garantia periódica de emprego, redução de salários, contratos a prazo, suspensão temporária do contrato de trabalho, dispensas coletivas, compensação horária, dentre outros¹¹⁴.

Desse modo, negar ao Direito Coletivo do Trabalho e às negociações coletivas a possibilidade de reduzir direitos – em determinadas hipóteses –, é negar também a fugacidade das relações humanas, que necessitam de respostas adequadas dadas pelo Direito. A possibilidade de negociação *in pejus*, além de necessária para manutenção do sistema vivido no Brasil, é autorizada constitucionalmente, como se vê pela leitura do artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV.

Existem, por óbvio, opiniões em sentido contrário. Costuma-se afirmar que, mesmo diante da autonomia coletiva, não se admite modificação *in pejus* para o trabalhador de qualquer norma, seja ela Estatal ou não. Fundamenta-se o entendimento em face do princípio do avanço social¹¹⁵, segundo o qual não se pode retroagir a situação maléfica após a concessão de determinada situação mais benéfica.

A análise da possibilidade de restrição de direitos fundamentais costuma se conectar ao tema da atividade legiferante. Determinados direitos só podem vir a restringidos com fundamento em lei¹¹⁶. A Constituição, nos já mencionados incisos do artigo 7º, autorizam a restrição a direitos fundamentais mediante negociação coletiva.

¹¹³ *Ibid.*, p. 192.

¹¹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 437 e 438.

¹¹⁵ MEIRELES, Ana Cristina Costa; SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. *Op. cit.*, p. 98.

¹¹⁶ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 349.

Em razão disso, assume grande relevo o papel das negociações coletivas, já que, como bem assevera Reinhard Singer, deve-se partir da idéia de que as partes envolvidas nas convenções e acordos coletivos 'estão, em princípio, na melhor posição para garantir uma disciplina justa das condições econômicas e de trabalho. Reconhecendo isto, o constituinte pátrio no artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI, da CF/88, garante aos sujeitos privados competência para a negociação coletiva, máxime no que tange às matérias de salário e jornada de trabalho¹¹⁷.

Entretanto, a autonomia negocial não pode jamais ser utilizada como um mecanismo para o desprestígio ou precarização do conjunto de direitos assegurados aos trabalhadores¹¹⁸. A redução de direitos deve, porém, ser utilizada com cautela. A partir dessa premissa, deve-se questionar, portanto, os limites para flexibilização dos direitos fundamentais por meio de negociação coletiva.

É sabido que o legislador se encontra fortemente vinculado aos direitos fundamentais. Estes últimos, ao se afirmarem como limite à sua liberdade de decisão, faz com que a vinculação de ambos desemboque no exame jurídico da questão: se determinada lei viola, ou não, direitos fundamentais¹¹⁹. Tal análise deve se dar, também, na questão relativa às negociações coletivas *in pejus*.

Portanto, pode-se assegurar que o legislador constituinte originário autorizou a redução de direitos – fundamentais – por meio de negociação coletiva. Além de existir a permissiva constitucional, tais reduções são consequência direta da evolução das relações de trabalho influenciada pelas novas tecnologias atualmente presentes na sociedade contemporânea.

4.2 Os limites impostos pelos direitos fundamentais à negociação coletiva

Partindo-se da premissa de que é possível – e autorizado constitucionalmente – a redução de direitos por meio de negociação coletiva, cabe fazer-se a indagação acerca dos limites de tal faculdade. Até que ponto pode uma negociação coletiva, intermediada por sindicatos devidamente constituídos, reduzir direitos tidos como fundamentais?

¹¹⁷ TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista de direito do trabalho**, vol. 188, ano 44, p.89-113. São Paulo: Editora RT, 2018, p. 99.

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16 ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 1599.

¹¹⁹ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 349.

O presente questionamento traz novamente à tona questão já abordada na presente monografia: a colisão entre direitos fundamentais. Ao passo que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais” (artigo 7º, *caput*) “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais” (inciso XIV), também o é o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (inciso XXVI). Como lidar com uma negociação coletiva, cujo reconhecimento é constitucional, que eleva a jornada de trabalho para dez horas diárias e cinquenta semanais, por exemplo?

Derivando do poder Estatal, afirma-se ser óbvio que a autonomia privada coletiva não se exerce de maneira soberana, tendo seus limites. Assim, a norma coletiva, embora autônoma, precisa obrigatoriamente encontrar respaldo de validade em legislação hierarquicamente superior. Enquadra-se, assim como qualquer outra norma Estatal, no esquema da validade¹²⁰.

Segundo Amauri Mascaro Nascimento¹²¹, o ordenamento jurídico como um todo deve ser visto como um macromodelo, albergando diversas espécies de fontes formais ou microestruturas jurídicas. No direito do trabalho, em seu turno, tal não poderia ser diferente: como já visto, dá-se legitimidade aos instrumentos normativos coletivos, criados pelas partes, para que criem normas jurídicas a serem aplicadas aos próprios interessados.

Em palavras diversas, é necessário que se vislumbre o ordenamento jurídico a partir de um pluralismo de normas jurídicas. Existem, simultaneamente, normas de natureza heterônoma (legislação Estatal, por exemplo) e normas de natureza autônoma (contratos particulares e instrumentos normativos coletivos, por exemplo). Tal pluralidade de regramento deve ser analisada, interpretada e aplicada de forma harmônica.

Um pluralismo autêntico não se coaduna com o pensamento absoluto e abstrato de supremacia da lei estatal sobre as demais fontes do direito do trabalho. Um pluralismo jurídico autêntico, por outro lado, se resolve pelo equilíbrio entre os diversos centros de produção jurídica – mantendo a norma heterônoma estatal intercâmbio com todas as demais normas do sistema, sejam elas autônomas ou

¹²⁰ MEIRELES, Ana Cristina Costa; SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. *Op. cit.*, p. 94.

¹²¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 399-400.

não¹²². Tal posicionamento, de ventilação da norma estatal com diversas outras normas jurídicas, deve levar em conta a técnica da ponderação de interesses.

Tal técnica, segundo Daniel Sarmiento¹²³, precisa observar as seguintes premissas: a) deve ser utilizada quando se constata a existência de conflito de princípios, na medida em que estes apontem para soluções distintas diante de um caso concreto; b) deve-se efetuar uma ponderação diante do caso concreto, jamais em abstrato; c) a restrição a cada um dos interesses precisa ser efetuada com base no princípio da proporcionalidade; d) a ponderação deve se nortear com base no princípio da dignidade da pessoa humana e respeitar o núcleo essencial do direito fundamental restringido.

Em síntese baseada em Daniel Sarmiento, Ronaldo Lima dos Santos afirma que a aplicação do princípio da proporcionalidade em casos de colisão de princípios suscita a busca de um ponto de equilíbrio entre os interesses conflitantes, e, ao fim, elenca os requisitos que julga essencial para a ponderação de antagonismos constantes na lei e em instrumentos coletivos: a restrição a cada um dos interesses deve ser adequada para a garantia da sobrevivência do outro; a restrição deve se dar no mínimo grau possível, a fim de resguardar a proteção do interesse contraposto; e o benefício da restrição de um interesse deve ser evidentemente compensador em relação ao sacrifício a ser imposto ao interesse antagônico¹²⁴.

Assim, em casos de restrição a direitos fundamentais por meio de negociação coletiva, não se pode partir da premissa de que tal direito, em razão de sua fundamentalidade, deve ser absoluto. É preciso ater-se à integralidade do ordenamento jurídico, em especial quanto à ponderação dos interesses conflitantes.

Observa-se que a prática de uma violação ao conteúdo de um direito fundamental pressupõe determinada lesão ao âmbito de proteção deste mesmo direito. A violação somente é constatada quando se vislumbra a conduta em questão, ou seja, se a restrição viola o âmbito protegido de modo a gerar prejuízos ao seu titular¹²⁵.

Ainda que um direito fundamental, pela exegese constitucional, não tenha qualquer limitação em sua previsão, poderá o mesmo ser restringido para efeitos de

¹²² SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 283.

¹²³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editoram Lumen Juris, 2003, p. 99-105.

¹²⁴ SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. *Op. cit.*, p. 284-285.

¹²⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. *Op. cit.*, p. 311.

solução de conflito com outro direito de categoria constitucional. Significa dizer, portanto, que quando da colisão de direitos fundamentais, e, portanto, de direitos de nível constitucional, um há de prevalecer, razão pela qual um há de ser relativizado¹²⁶.

É preciso ter em mente que nem todas as cláusulas constantes de instrumentos normativos coletivos trabalhistas são idênticas. Determinadas disposições não são essenciais para a proteção do trabalhador, enquanto algumas, sim. Nas primeiras, há possibilidade de redução, enquanto nas segundas, não; também se difere o tratamento a ser dispensado a cláusulas de ordem pública daquele a ser dado a cláusulas não revestidas da mesma imperatividade: as primeiras são imunes às estipulações *in pejus*, enquanto as segundas não¹²⁷.

Amauri Mascaro Nascimento cita o exemplo de leis existentes em países como Irlanda, Holanda, Itália, Bélgica e Reino Unido que prescrevem a absoluta inderrogabilidade, por convenção coletiva, de leis que proíbem discriminação de trabalhadores em razão de sexo, religião ou raça¹²⁸. É nítido que eventual tentativa de afastamento de normas desta natureza não se coadunaria com a ponderação exposta alhures: ofende diretamente o âmbito de proteção do direito fundamental à igualdade.

Doutrinariamente, diz-se que no Direito Coletivo do Trabalho prevalece o entendimento de que, em tese, as cláusulas normativas são postas no patamar de “normatização privatística subordinada”. Significa dizer, em palavras diversas, que as normas coletivas estipuladas *in pejus* esbarram na norma estatal impeditiva que trata do chamado mínimo existencial ou patamar mínimo civilizatório. São assim entendidos os direitos com indisponibilidade absoluta, como as condições de saúde e segurança do trabalhador, anotação em CTPS e salário mínimo¹²⁹.

No entanto, a aplicação do entendimento relativo ao “mínimo existencial” ou “patamar mínimo civilizatório” deverá ocorrer nos casos concretos de análise de existência, validade e eficácia da flexibilização, em consonância com o princípio da proporcionalidade, reconhecendo com maior ou menor densidade, os direitos

¹²⁶ MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP – Linha direito comparado), p. 751.

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. *Op. cit.*, p. 443-444.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 444.

¹²⁹ LOCATELLI, Aguinaldo. **Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico**. Revista de direito do trabalho, vol. 184, ano 43, p. 121-142. São Paulo: Editora RT, dezembro 2017, p. 129 e 130.

fundamentais em colisão, de acordo com o balanceamento ou peso que se dê a cada direito fundamental ou princípio constitucional¹³⁰.

Consoante Saul Duarte Tibaldi e Victor Lucas Alvim, existe, para a negociação coletiva, “uma espécie de ‘moldura’, na qual se tem limites e espaços para normatização¹³¹”. Essa moldura, portanto, deve ser aferida caso a caso, sempre respeitando o núcleo essencial do direito fundamental restringido, garantindo, ainda, o mínimo existencial ou patamar mínimo civilizatório.

4.3 A previsão legal *in abstracto* do negociado sobre o legislado: ofensa aos direitos fundamentais?

A partir das lições doutrinárias tomadas quanto à possibilidade de restrição a direitos fundamentais em negociação coletiva, bem como quanto aos seus respectivos limites, parte-se para o cerne da presente monografia. A Lei 13.647/2017, denominada Reforma Trabalhista, incluiu o artigo 611-A e 611-B no corpo da Consolidação das Leis do Trabalho.

O novíssimo artigo 611-A¹³², sem dispositivo correspondente na CLT original, passou a prever que a convenção e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre determinados temas. O artigo 611-B¹³³, por sua vez, elencou de forma taxativa as matérias que são tidas como objeto ilícito de redução e/ou supressão mediante negociação coletiva.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 131.

¹³¹ TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Op. cit.*, p. 100.

¹³² Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: [...] § 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. [...]

¹³³ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...] 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.

A questão aqui posta a estudo diz respeito à possibilidade, ou não, de previsão legal em abstrato de prevalência do negociado sobre o legislado. Questiona-se, portanto, se é possível que lei ordinária faça tal tipo de ponderação de forma abstrata acerca de qual direito fundamental terá prevalência em determinada situação.

É possível verificar que o legislador reformista previu ao *caput* do artigo 611-A moldes meramente exemplificativos de temas em que a convenção ou acordo coletivo terão prevalência sobre a lei, eis que se utilizou da expressão “dentre outros”. Já ao artigo 611-B, foi prevista a expressão “exclusivamente”, de modo a caracterizar como ilícita a supressão tão somente daqueles direitos elencados aos incisos do artigo de lei¹³⁴.

A ideia, em suma, não é outra senão a de tornar menos rígida a norma legal em relação à autonomia privada coletiva, flexibilizando-a, de modo a admitir que as partes transacionem sobre direitos emergentes de lei. Diz-se que, se os empregados abdicarem de determinados direitos, ou aceitarem sua redução, os sindicatos terão aptidão para ver outros direitos, de índole mais relevante, consagrados ou reforçados em sede negocial¹³⁵.

Os adeptos à possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado sustentam que tal instituto trará vantagens tanto aos empregados como aos empregadores. Afirma-se que dará ao trabalhador a faculdade de optar pelo benefício trabalhista que lhe for mais viável, ao mesmo tempo em que permite ao empregador reduzir os custos da atividade empresarial¹³⁶. Aponta-se, como norte, uma maior relevância ao princípio da autonomia privada coletiva.

Sustenta-se, no mesmo sentido, que a eliminação da insegurança jurídica foi a finalidade precípua da prevalência do negociado sobre o legislado. Muitas vezes determinada norma coletiva não é considerada válida, pela Justiça do Trabalho, por ser tida como incompatível com a Constituição. Considerando que o artigo 611-A da CLT passou a prever hipóteses em que se substitui a legislação Estatal pela

¹³⁴ AMADO, João Leal. Negociado x legislado: a experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas. **Revista TST**, São Paulo, vol. 83, nº 3, jul./set. 2017, p. 138-159, p. 155.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 156.

¹³⁶ MARTINS, Ana Caroline de Souza; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Negociado sobre o legislado: uma afronta aos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista de direito do trabalho**, vol. 188, ano 44, p. 21-58. São Paulo: Editora RT, abril 2018, p. 53.

legislação coletiva, não haveria mais controvérsia a respeito dos temas, gerando segurança e pacificando o entendimento jurisprudencial¹³⁷.

Entretanto, a questão vai muito além das pertinências relevantes à comodidade aos contratantes e à segurança jurídica. Deve-se ater, para a análise do instituto, aos direitos fundamentais dos trabalhadores.

De fato, o espaço para negociação coletiva deve ser ampliado, tal como buscado pela Reforma Trabalhista. A inclusão do artigo 611-A, na CLT, visa preservar o que foi negociado entre as categorias profissional e econômica, evitando que uma gama de interpretações divergentes por parte do Judiciário anule o que for eventualmente entabulado entre as partes. Entretanto, a Constituição e a legislação infraconstitucional assecuratória de direitos sociais, ao contrário do que muito se sustenta, permanecem incólumes¹³⁸.

Na negociação coletiva, existe uma espécie de “moldura” na qual se tem espaço e limites para normatização. O artigo 611-A, da CLT, que trata das possibilidades do negociado, consiste no interior da referida moldura; o artigo 611-B, por sua vez, se trata da efetiva moldura, ou seja, os limites expressamente fixados pelo legislador em relação ao conteúdo da convenção ou acordo coletivo¹³⁹.

Dito isso, caberá ao intérprete, na aferição dos limites da negociação coletiva, compatibilizar as normas coletivas negociadas (autônomas) e as normas Estatais (heterônomas), devendo, entretanto, ser respeitado o “núcleo duro” do Direito do Trabalho, constituído por normas entendidas como inderrogáveis¹⁴⁰. Trata-se, pois, do núcleo essencial do direito fundamental – que jamais poderá ser tocado. Por meio da inserção dos referidos artigos na CLT, buscou-se tão somente clarificar quais dos direitos trabalhistas consistem-se como disponíveis ou como indisponíveis¹⁴¹.

Portanto, somente poder-se-á falar em retrocesso social ou efeito “cliquet” dos direitos fundamentais se, concretamente, os efeitos de determinada lei alterarem a

¹³⁷ *Ibid.*, p. 54.

¹³⁸ STÜRMER, Gilberto. Negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e a reforma trabalhista. **Desafios da reforma trabalhista**. *Op. cit.*, p. 185.

¹³⁹ TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁰ CALCINI, Ricardo Souza. Prevalência do negociado em norma coletiva sobre o legislado. **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 639-651, p. 646.

¹⁴¹ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia privada coletiva e hierarquia normativa na Lei n. 13.467/2017: a questão do legislado e do negociado. **Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 469-486, p. 482.

dinâmica dos direitos e/ou se seus efeitos voltarem a abarcar trabalhadores em piores condições, ou seja, de anormalidade e vulnerabilidade¹⁴².

Assim, a prevalência do negociado sobre o legislado, mediante a permissiva do artigo 611-A, não configura, *a priori*, violação ao que Maurício Godinho Delgado chama de “patamar mínimo civilizatório¹⁴³”. O que eventualmente violará tal patamar será o conteúdo da convenção ou acordo coletivo que exacerbar os limites impostos pela Constituição e nas normas da CLT¹⁴⁴.

Mesmo quando se encara uma das hipóteses expressas de algum dos incisos do artigo 611-A, “não se está a tratar de um ‘salvo-conduto’ para lesionar o núcleo essencial de direitos fundamentais¹⁴⁵”. Nesse ponto, deve entrar em cena a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Portanto, os artigos 611-A e 611-B nada mais fazem do que dar prevalência ao negociado sobre o legislado em determinadas hipóteses, fixando, inclusive, os limites para tanto. Não se trata, desse modo, de um permissivo para lesão de direitos fundamentais, mas sim a fixação de limites e parâmetros para o ato negocial no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho. Eventual lesão a direitos fundamentais deve ser analisada, portanto, no caso concreto, a partir da análise da convenção ou acordo coletivo, em si.

Em decorrência da garantia constitucional de inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV), deverá este poder, quando provocado, apreciar o alcance das normas coletivas em face da Constituição. Deverá reconhecer se houve, em termos jurídicos, abuso da autonomia negocial coletiva por desvirtuamento da finalidade¹⁴⁶, com conseqüente lesão a direitos fundamentais.

A limitabilidade dos direitos fundamentais é sempre limitada e, assim, depende da verificação de pressupostos. É com esta frase que Lothar Michael e

¹⁴² SOUZA, Roberta de Oliveira. Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da lei 13.467, de 2017, e as modificações implementadas pela medida provisória 808, de 14 de novembro de 2017. *In Desafios da reforma trabalhista*. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães e Luciano Martinez, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 189-206, p. 193.

¹⁴³ LOCATELLI, Aguinaldo. Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico. *Op. cit.*, p. 131.

¹⁴⁴ TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 101 e 102.

¹⁴⁶ PORTO, Noemia. Para além do ‘negociado x legislado’: uma leitura da autonomia negocial coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sob a égide dos direitos fundamentais. **Os pilares do direito do trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 231-265, p. 257.

Martin Morlok iniciam a explanação acerca da possibilidade de limitação de direitos fundamentais. Explicam os autores que, para que se atenda à elevada importância dos direitos de categoria fundamental, a lei (ou, para o caso da presente monografia, a norma coletiva) que eventualmente os restrinja tem de satisfazer determinadas exigências formais e materiais. Assim, em suas respectivas palavras, “a limitação de um direito fundamental está, por conseguinte, também sujeita a uma limitação, o chamado limite de limites¹⁴⁷”.

Assim, diante de aparente antinomia ou colisão de direitos fundamentais, o intérprete deverá, quando se defrontar pela colisão do negociado sobre o legislado, interpretar e solucionar o conflito com base na força normativa da Constituição. Irradiada tal força para toda a legislação infraconstitucional, e, conseqüentemente, para as normas coletivas, deve-se fazer uma ponderação entre os direitos postos em conflito, sempre se alicerçando no princípio da proporcionalidade¹⁴⁸.

Portanto, conclui-se que se possa reputar constitucional a reforma, o negociado sobre o legislado deve ter interpretação não somente conforme o artigo 611-B da CLT, mas em conjunto com todo o agregado Constitucional. Para validade da norma – e, conseqüentemente, de sua prevalência sobre o legislado –, devem ser observados os princípios da adequação setorial negociada e do patamar civilizatório inerente a todo o sistema legislativo trabalhista, sob pena de ofender a proibição do retrocesso social¹⁴⁹.

Eis os motivos pelos quais os artigos 611-A e 611-B não ofendem os direitos fundamentais. Não se tratam de permissão de lesão ao núcleo essencial de tais direitos, mas apenas fixam limites a serem observados quando da negociação. Eventual lesão a direito fundamental deve ser analisada, portanto, no caso concreto, ou seja, quando da análise da convenção ou acordo coletivo que venha eventualmente restringir direitos.

¹⁴⁷ MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. *Op. cit.*, p. 752.

¹⁴⁸ LOCATELLI, Aguinaldo. Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico. *Op. cit.*, p. 139.

¹⁴⁹ BRAMANTE, Ivani Contini. Reforma trabalhista: prevalência do negociado sobre o legislado. **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 135-145, p. 144.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina dos direitos fundamentais costuma classificá-los como direitos de índole constitucional que denotam caráter de norma suprema dentro do Estado. Têm como finalidade precípua a limitação do exercício do poder Estatal em face de liberdades individuais e possuem como alicerce o princípio da dignidade da pessoa humana.

São classificados, hodiernamente, em razão de sua dimensão. Tais dimensões de direitos fundamentais têm como base sua historicidade: em um primeiro momento, surgiram os direitos clássicos de liberdade, aqueles que exigem do Estado mera abstenção (não interferência), tais como a liberdade e a propriedade. Os direitos fundamentais de segunda geração, por sua vez, caracterizam-se por exigirem do Ente determinada ação positiva, normalmente ligada à igualdade material de condições, tais como os direitos trabalhistas.

Na Constituição Federal de 1988, os direitos fundamentais sociais tiveram grande destaque dado pelo legislador constituinte originário. Foram positivados nos primeiros Títulos da Carta Magna, de modo a representar a grande relevância que apresentam. Muito embora a gigante importância para caracterização de um regime democrático, é pacífico o entendimento doutrinário que é possível restringi-los, seja por meio da leitura de cláusulas expressas de reserva, seja por meio do esforço hermenêutico das denominadas restrições implícitas – características dos casos de colisão de direitos.

Ressalta-se o princípio da autonomia privada coletiva como direito fundamental social de destaque da presente monografia. Tal princípio, positivado ao artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição, prescreve o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Tais instrumentos normativos permitem que os próprios interessados na relação de trabalho criem, modifiquem ou extingam normas jurídicas a serem aplicadas em seus próprios interesses.

É fato notório que a autonomia privada coletiva reveste-se dos atributos de direito fundamental, seja pela sua materialidade, seja pela sua formalidade. Ainda, se trata de evidente forma de dar concretude à mais diversa gama de direitos fundamentais, uma vez que permite que os interessados criem normas a serem aplicadas nas relações de trabalho.

Não há controvérsia acerca da possibilidade de criação ou expansão de direitos por meio dos acordos e convenções coletivas de trabalho. Quanto à restrição, é fato que a própria Constituição prescreve que os salários são irredutíveis, salvo norma coletiva (inciso VI, artigo 7º) e que as jornadas observarão limite de quarenta e quatro horas semanas (inciso XIII, também do artigo 7º), salvo também norma coletiva. Portanto, verifica-se que, de fato, é possível a negociação coletiva *in pejus*. Cabe, entretanto, analisar seus limites.

No que tange os limites para a relativização de direitos fundamentais por meio de normas coletivas de trabalho, diz-se que as cláusulas normativas estão condicionadas ao chamado “patamar mínimo civilizatório”. Ou seja, a norma coletiva que vier a flexibilizar direitos não pode atingir o núcleo essencial do direito relativizado, sob pena de ofender a Constituição. Deve-se, portanto, sempre utilizar-se da técnica de ponderação de interesses.

Em razão da inclusão dos artigos 611-A e 611-B, na CLT, em razão da promulgação da Lei 13.467/17, foi dada maior amplitude às negociações coletivas. Os dispositivos legais prescrevem que, em determinadas matérias, o negociado coletivamente prevalecerá sobre o legislado.

O questionamento posto à análise na presente monografia diz respeito à possibilidade, ou não, da norma legal fixar os temas, de forma abstrata, em que o negociado prevalecerá sobre o legislado. Em que pese opiniões em sentido contrário, entende-se que o estabelecimento de determinados temas nos quais haverá a prevalência do negociado sobre o legislado não ofende qualquer direito fundamental.

Isso porque as previsões dos dispositivos legais incluídos na CLT não se tratam de um “salvo-conduto” para a lesão ao núcleo essencial de um direito relativizado via negociação coletiva. Tais artigos de lei, em verdade, tão somente fixaram os parâmetros dentro dos quais poderá haver negociação (artigo 611-A) e os limites intransponíveis (artigo 611-B). Eventual lesão a direitos fundamentais relativizados deve ser analisada, portanto, no caso concreto, a partir do estudo da convenção ou acordo coletivo, em si. Deve-se analisar, portanto, se aquela determinada relativização atingiu ou não o núcleo essencial do direito protegido.

Por conseguinte, pode-se concluir que as disposições dos artigos mencionados, incluídos pela Reforma Trabalhista, não afrontam direitos fundamentais. Eventual lesão deverá ser analisada, portanto, no caso concreto.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. Negociado x legislado: a experiência portuguesa e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas. **Revista TST**, São Paulo, vol. 83, nº 3, jul./set. 2017, p. 138-159.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia?**. Revista de informações legislativas, Brasília, ano 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 259-268.

ARANHA, Márcio Nunes. As dimensões objetivas dos direitos e sua posição de relevo na interpretação constitucional como conquista contemporânea da democracia substancial. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 35, n. 138, abr./jun. 1998.

AROUCA, José Carlos. **Curso básico de direito sindical**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRAMANTE, Ivani Contini. Reforma trabalhista: prevalência do negociado sobre o legislado. **Reforma trabalhista em debate: direito individual, coletivo e processual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2017, p. 135-145.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança nº 22.164**. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em: 29 mai 2018.

CALCINI, Ricardo Souza. Prevalência do negociado em norma coletiva sobre o legislado. **A reforma trabalhista e seus impactos**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 639-651.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATHARINO, José Martins. **Tratado elementar de direito sindical**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1982.

CINTRA, Antônio Carlos. DINAMARCO, Cândido Rangel. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria geral do processo**. 27 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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

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

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. Negociação coletiva trabalhista. **Direito do trabalho e direito da seguridade social**. Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 237-272.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DOBROWOLSKI, Silvio. A expansão do poder no estado social – aspectos, ideias para contê-la. **Revista de Informação Legislativa**, a. 22, n. 86, abr./jun. 1985.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de direitos fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GROFF, Paulo Vargas. Direitos fundamentais nas constituições brasileiras. **Revista de Informações Legislativas**, v. 45, n. 178, p. 105-129, abr./jun. 2008.

HINZ, Henrique Macedo. **Direito coletivo do trabalho**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOCATELLI, Aguinaldo. **Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico**. Revista de direito do trabalho, vol. 184, ano 43, p. 121-142. São Paulo: Editora RT, dezembro 2017.

MACIEL, Marco. **Liberalismo e justiça social**. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1987.

MARTINS, Ana Caroline de Souza; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Negociado sobre o legislado: uma afronta aos direitos fundamentais do trabalhador. **Revista de direito do trabalho**, vol. 188, ano 44, p. 21-58. São Paulo: Editora RT, abril 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; SANTOS, Edilton Meireles de Oliveira. **A intangibilidade dos direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MICHAEL, Lothar. MORLOK, Martin. **Direitos fundamentais**. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2016 (Série IDP – Linha direito comparado).

MIRANDA, Jorge. **O regime dos direitos sociais**. Revista de Informação Legislativa, v. 47, n. 188, p. 23-36, out./dez. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2012.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

PORTO, Noemia. Para além do 'negociado x legislado': uma leitura da autonomia negocial coletiva e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sob a égide dos direitos fundamentais. **Os pilares do direito do trabalho**. São Paulo: Lex Editora, 2013, p. 231-265.

ROCHA, Ruth. **Grande enciclopédia Larousse Cultural**. São Paulo: Editora Nova Cultural Ltda., 1997, vol. QUA-REZ.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios gerais de direito sindical**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. Autonomia privada coletiva e hierarquia normativa na Lei n. 13.467/2017: a questão do legislado e do negociado. **Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 469-486.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Teoria das normas coletivas**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editoram Lumen Juris, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SOBRAL, Jeana da Silva. **Negociação coletiva como instrumento de efetividade dos direitos fundamentais**. LTr Suplemento Trabalhista. São Paulo, v. 48, n. 092, p. 451-456, ago. 2012.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

SOUZA, Roberta de Oliveira. Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da lei 13.467, de 2017, e as modificações implementadas pela medida provisória 808, de 14 de novembro de 2017. *In* **Desafios da reforma trabalhista**. Ricardo Pereira de Freitas Guimarães e Luciano Martinez, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 189-206.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STÜRMER, Gilberto. Negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e a reforma trabalhista. *In* **Desafios da reforma trabalhista**. Ricardo Pereira de Freitas

Guimarães e Luciano Martinez, organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 169-188.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho, volume II**. 21 ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima. Princípios da negociação coletiva. In: NASCIMENTO, Amauri Mascaro e SILVESTRE, Rita Maria (coordenadores). **Os novos paradigmas do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 105-128.

TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. **Revista de direito do trabalho**, vol. 188, ano 44, p.89-113. São Paulo: Editora RT, 2018.