

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

FELIPE FRANZ WIENKE

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Felipe Franz Wienke; José Ricardo Caetano Costa; Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-619-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL foram apresentados artigos relacionados aos direitos sociais, em especial os de seguridade social (previdência, saúde e assistência social) e os trabalhistas. A discussão relativa aos mencionados direitos é essencial, não somente em face das reformas que têm alterado os direitos sociais, principalmente os trabalhistas e os previdenciários, como também em razão crise econômica, a qual, ao mesmo tempo que exige maior proteção social, compromete o seu financiamento.

Foram apresentados os seguintes trabalhos:

“A LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA E O ESTADO CONTEMPORÂNEO”, de autoria de Fernando Rangel Alvarez dos Santos e Carlos André Coutinho Teles. O artigo analisa o reconhecimento das negociações coletivas a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente no que respeita às alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.

“A MULHER NA REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA 'PROTEÇÃO' DOS DIREITOS”, As autoras, utilizando como base a CLT,

demonstram que as normas ditas protetivas são muitas vezes preconceituosas e discriminatórias.

“POLÍTICA PREVIDENCIÁRIA NA ECONOMIA GLOBALIZADA: CONSTITUIÇÃO COSMOPOLITA COMO GARANTIA DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS”, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima e Renata Caroline Pereira Reis Mendes. O trabalho analisa o Programa de Revisão de Benefício por Incapacidade, não como eficiência estatal, mas como política de minimização do direito social à aposentadoria.

“A NECESSIDADE DE AJUSTES NA PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Zélia Luiza Pierdoná. A autora sustenta a necessidade de ajustes no subsistema previdenciário, a partir da análise dos gastos da União, de 2015 a 2017, com a previdência e com os demais subsistemas da seguridade social, bem como dos dados referentes às receitas de contribuições de seguridade social e de impostos federais, no mesmo período.

“A EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA DIRETA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA”, de Rodrigo Gomes Flores e Maria Claudia Crespo Brauner. O trabalho examina os motivos da judicialização das questões relacionadas à saúde no Brasil, bem como demonstra a importância dos Conselhos de Saúde, como instrumento de democracia direta e como alternativa à judicialização da saúde.

“RETROCESSO DOS DIREITOS TRABALHISTAS ATRAVÉS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO”, de autoria de Everton Silva Santos e Mirta

Gladys Lerena Manzo de Misailidis. O artigo analisa as cooperativas de trabalho, seus princípios e requisitos para sua constituição e legalidade, em contraponto às “falsas cooperativas”.

“ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A REFORMA TRABALHISTA: APONTAMENTOS DOS IMPACTOS DO CONTRATO INTERMITENTE E DA PEJOTIZAÇÃO NA APOSENTADORIA DO TRABALHADOR E NA ARRECADAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Samantha Caroline Ferreira Moreira e Cláudia

Mara de Almeida Rabelo Viegas. As autoras examinam a Lei 13.467/2017, avaliando os processos de pejotização, bem como os impactos e os reflexos deste processo no direito previdenciário.

“A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA SOB A ÉTICA DA FRATERNIDADE”, de Adelaide Elisabeth

Cardoso Carvalho de Franca e Clara Cardoso Machado Jaborandy. O trabalho verifica a possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso social em tempos de crise econômica, utilizando os referenciais do constitucionalismo fraternal e da ética da responsabilidade.

“LEI 13.135/15 E REFORMA NO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE: AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO?”, de Juliana de Oliveira. A autora avalia as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13.135/15 na concessão do benefício previdenciário de pensão por morte e suas repercussões, sob a ótica do princípio da vedação do retrocesso.

“A BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA”, de autoria de Juliana Maria da Costa Pinto Dias. O artigo analisa os

desdobramentos da boa-fé, a qual assegura a proteção de ambas as partes durante a contratação, questionando a legitimação das entidades sindicais e o processo de judicialização que ocorre nestas demandas.

“PERTINÊNCIA DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AOS EMPREGADOS AFASTADOS POR ACIDENTE DO TRABALHO”, de Polyana

Arantes Machado Mendes e Ana Iris Galvão Amaral. As autoras avaliam a pertinência da suspensão da prescrição trabalhista no afastamento por acidente laboral, considerando a divergência existente, à luz da legislação ordinária vigente e dos ditames constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.

“A PROTEÇÃO SOCIAL DA MULHER E A PENSÃO POR MORTE: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DE 2015”, autoria de Elizania

Caldas Faria. O artigo analisa, a partir dos fundamentos do Estado brasileiro, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, os efeitos da Lei nº 13.135/2015, especialmente no que tange à proteção social das mulheres.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – FURG

Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Prof. Dr. Felipe Franz Wienke - FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA E O ESTADO CONTEMPORÂNEO

FREEDOM OF TRADING IN THE LABOR SPHERE AND THE CONTEMPORARY STATE

Fernando Rangel Alvarez dos Santos ¹

Carlos André Coutinho Teles ²

Resumo

O presente estudo investigou, de maneira não exaustiva, o reconhecimento das negociações coletivas a partir da Constituição Cidadã, o seu empoderamento por meio da Lei 13.467/2017 e a necessidade do respeito à autonomia da vontade coletiva. Foram utilizadas fontes da doutrina nacional. A metodologia recorreu à interpretação da novel legislação e seu fundamento constitucional. Os resultados apontam no seguinte sentido: o trabalhador deve ser tratado como pessoa capaz, e a vontade coletiva deve ser respeitada para legitimar a vontade geral de toda uma categoria. A relevância da pesquisa é percebida pelo questionamento da representação social, após a nova Lei.

Palavras-chave: Autonomia da vontade coletiva, deliberação, democracia, Leis

Abstract/Resumen/Résumé

The present study investigated, non-exhaustively, the recognition of collective bargaining from the Constitution, its empowerment through Law 13467/17 and the need to respect the autonomy of the collective will. Sources of national doctrine were used. The methodology resorted to the interpretation of the novel legislation and its constitutional basis. The results point in the following sense: the worker must be treated as a capable person, and the collective will must be respected to legitimize the general will of an entire category. The relevance of the research is perceived by the questioning of social representation, after the new Law

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Autonomy of the collective will, deliberation, democracy, Laws

¹ Doutorando do Programa de Pós-graduação strictu sensu em Direito da Universidade Veiga de Almeida (Bolsista PROSUP). Mestre em Direito pela UNESA e em Direito Corporativo pelo IBMEC (2015). Advogado.

² Mestrando do PPGD da Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Responsabilidade Civil e Direito do Consumidor (2006) pela UCAM e em Direito e Processo do Trabalho pelo IBMEC (2016). Advogado.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal reconheceu as convenções e os acordos coletivos de trabalho como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição dos conflitos trabalhistas, momento em que erigiu o princípio da autonomia da vontade coletiva como meio condutor para conferir liberdade ampla às partes convenientes. O presente estudo investigou o reconhecimento das negociações coletivas a partir da Constituição Cidadã, o seu empoderamento com o advento da Lei nº 13.467/2017, bem como a necessidade do respeito ao princípio da autonomia da vontade coletiva não só pelos membros da categoria, sobretudo pelo Poder Judiciário. Para tanto, foi investigada a relação entre a liberdade e o Estado em Thomas Hobbes; a representação e o Estado em J. Locke; o conceito de vontade geral em J.J. Rousseau, devendo frisar-se que as contribuições dos clássicos contratualistas se mostram bastante atualizadas, mas faz-se necessário destacar a essência das ideias e adaptá-las à realidade social hodierna, sem rótulos, conceitos pré-concebidos ou mesmo tentar dar plasticidade à constitucionalidade para torná-la próxima à realidade.

A problemática envolve a necessidade de se fomentar o respeito aos produtos das negociações coletivas (convenção e acordo coletivo de trabalho) com o fito de haver maior segurança jurídica para todas as categoriais subordinadas a então criada norma coletiva. Da mesma forma discute-se o tratamento simétrico que é dado pelo Poder Judiciário ao indivíduo enquanto albergado por norma coletiva e àquele que não dispõe de qualquer proteção sindical; questiona-se se àquele trabalhador merece a mesma tutela que este. O objetivo principal é fomentar o respeito aos pactos coletivos legitimamente formulados, tendo como pano de fundo o respeito à liberdade, representação e, sobretudo, à vontade geral e soberana dos eleitores em Assembléia Geral tendo, como objetivo secundário, tentar explicar a importância fundamental da deliberação entre os indivíduos em Assembléia.

A relevância do tema goza de um aspecto jurídico importante, refletindo também como a negociação coletiva que vem sendo questionada após a edição da Lei nº 13.467/2017. Na pesquisa foram utilizadas fontes da doutrina nacional, e a metodologia envolveu, principalmente, a interpretação da *novel* legislação, frente ao seu fundamento de validade da própria Lei Maior, mais precisamente, do art. 7º, XXVI. Como resultado, tem-se que o trabalhador, protegido sob a égide da negociação coletiva não deve ter a mesma tutela, o mesmo tratamento como ser individual, enquanto desprovido de pacto coletivo que albergue sua categoria, não podendo chegar ao ponto de assemelhar-se ao tratamento dado à tutela ou curatela, institutos do direito civil, em que a vontade do representado se faz pelo representante.

1 Considerações iniciais

A questão da liberdade frente à instituição do Estado sempre se expressou em uma relação tensa¹. Todavia, a liberdade, não interessando aqui a sua natureza jurídica como direito natural ou não, tem fundamentos para discutir vários institutos, tais como a representação e autonomia da vontade. Neste sentido, discutir-se-ão os conceitos de liberdade e sua abdicção em Thomas Hobbes, a representação em John Locke e a vontade geral para J. J. Rousseau, como substratos do poder atribuído às entidades sindicais para representar suas categorias profissionais e econômicas junto às negociações coletivas, vis-à-vis aos direitos trabalhistas estabelecidos por lei. Inicialmente, pode-se afirmar que tal manejo de direitos não significa renúncia dos mesmos nas negociações, mas sim fruto das avenças previstas em qualquer relação jurídica em que se possam disponibilizar direitos.

O arcabouço filosófico acima descrito serve de sustentação para que se possa entender que a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites do que a autonomia individual, isto porque, na esfera do direito coletivo do trabalho não ocorre à mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho.

1.1 A liberdade e o Estado em Thomas Hobbes

Thomas Hobbes, um dos mais destacados contratualistas, entende que há necessidade de um Estado forte para garantir a segurança entre os cidadãos de determinada sociedade, como também para garantir a convivência em sociedade. Hobbes entende que o exercício da liberdade mais ampla possível, ou seja, sem regras que imponham minimamente, limites na liberdade, nos leva a um estado de completa balburdia², pois há uma disputa inexorável pelos recursos existentes. Hobbes chama tal situação, em que se encontra a humanidade de ‘estado de natureza’, ou seja, a completa ilimitação nas ações humanas, provocando inclusive a morte dos semelhantes na citada disputa. Como se percebe, Hobbes não está preocupado com a ordem em si, mas com a proteção da vida dos indivíduos.³

¹ Bonavides (2009, p. 40) alerta para tal tensão no mesmo sentido: “Na doutrina do liberalismo, o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo. O poder, de que não pode prescindir o ordenamento estatal, aparece, de início, na moderna teoria constitucional como o maior inimigo da liberdade.[...] O Estado e a soberania implicavam antítese, restringiam a liberdade primitiva.”

² Hobbes (1983, p. 47) expressa tal ideia como o direito de ‘guerra de todos contra todos’: “E dado que a condição do homem (conforme foi declarado no capítulo anterior) é uma condição de guerra de todos contra todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão, e não havendo nada, de que possa lançar mão, que não possa servir-lhe de ajuda para a preservação de sua vida contra seus inimigos, segue-se daqui que numa tal condição todo homem tem direito a todas as coisas, incluindo os corpos dos outros.”

³ Hobbes (1983, p. 46) está preocupado com a desconfiança dos homens: “Desta igualdade quanto à capacidade deriva a igualdade quanto à esperança de atingirmos nossos fins. Portanto se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo, que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para

A questão da liberdade para Hobbes e sua limitação passa por um viés deveras complicado, pois a liberdade, no seu entendimento é um direito natural: “O direito de natureza, a que os autores geralmente chamam jus natural e, é a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para a preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida” (HOBBS, 1983, p. 47), mas merece os limites que a lei vier a impor (o respeito à lei):

Assim como é necessário a todos os homens que buscam a paz renunciar a certos direitos de natureza, quer dizer, perder a liberdade de fazer tudo o que lhes apraz, assim também é necessário para a vida do homem que alguns desses direitos sejam conservados, como o de governar o próprio corpo, desfrutar o ar, a água, o movimento, os caminhos para ir de um lugar a outro, e todas as outras coisas sem as quais não se pode viver, ou não se pode viver bem. Se neste caso, ao fazer a paz, alguém exigir para si aquilo que não aceita seja atribuído aos outros, estará agindo contrariamente à lei precedente, que ordena o reconhecimento da igualdade dos homens, e contrariamente também, portanto, à lei de natureza. Quem respeita esta lei é geralmente chamado modesto, e quem não a respeita arrogante.

Nasce a necessidade do Estado na qualidade de instituição para, a princípio, exercer instrumento de defesa ‘das invasões estrangeiras’.⁴ Hobbes agrega à instituição do Estado, o instituto da representação, como transferência da sua liberdade, ou do direito de governar-se para o Estado:

O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*.

Em relação à representação, é importante destacar que não se assemelha aos fundamentos de T. Hobbes para a mesma⁵, ou seja, há transferência para alguém, soberano,

seu fim (que é principalmente sua própria conservação, e às vezes apenas seu deleite) esforçam-se por se destruir ou subjugar um ao outro e disto se segue que, quando um invasor nada mais tem a recear do que o poder de um único outro homem, se alguém planta, semeia, constrói ou possui um lugar conveniente, é provavelmente de esperar que outros venham preparados com forças conjugadas, para desapossá-lo e privá-lo, não apenas do fruto de seu trabalho; mas também de sua vida e de sua liberdade. Por sua vez, o invasor ficará no mesmo perigo em relação aos outros.”

⁴ Hobbes (op. cit. p. 50)

⁵ Hobbes (1983, p. 65) admite uma ‘submissão’ ao representante: “É evidente que os homens que se encontrarem numa situação de absoluta liberdade poderão, se lhes aprouver, conferir a um só homem a autoridade de

que tem o absoluto poder de representar e impor a ordem, mas sim de que é possível alguém representar o grupo, principalmente nas sociedades complexas que existem na contemporaneidade.

No sentido do que foi exposto, é possível se instruir os fundamentos da representação, mesmo que direcionada a um soberano, com a representação sindical para negociação dos direitos trabalhistas. A representação sindical é um direito fundamental, entendendo aqui que mesmo não estando no rol de direitos fundamentais do art. 5º, também se configura em um, presente no art. 8º da Constituição da República, garantindo a defesa dos direitos individuais e coletivos de categorias profissionais.

O que se questiona em relação à representação é que há uma representação para elaboração de normas jurídicas, por meio de um processo legislativo, feito por representantes eleitos e que as referidas normas teriam, o reconhecimento constitucional. Por outro lado, existe a representatividade do sindicato, a partir da autorização constitucional para tanto, bem como do reconhecimento das negociações coletivas (art. 7º, XXVI da CF/88)⁶ para a proteção dos trabalhadores de suas categorias.

Mais adiante serão tratados os aspectos jurídicos da negociação, mas ressalta o fato de que as convenções e os acordos coletivos são considerados, pela doutrina, fonte formal autônoma de direitos (DELGADO, 2011, p. 141). Ou seja, a norma coletiva tem ampla possibilidade de conceder benefícios superiores aos previstos em lei, tendo ainda limitações quando pretender reduzir e/ou suprimir direitos, leia-se, os direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores, bem como àqueles previstos no art. 611-B da CLT. (CASSAR, 2017, p. 75)

A primeira questão que se levanta em relação à representação é a seguinte: não é a representação que faz a diferença para o acréscimo ou a supressão de direitos trabalhistas, mas, sim, o poder negocial dos sindicatos legitimados⁷.

Com as devidas adaptações para a representação na contemporaneidade, percebe-se que o fundamento daquela, utilizado por Hobbes, serve em certa medida, com os contornos dos direitos e garantias fundamentais da Carta Magna, para subsidiar a representação sindical,

representar todos eles, ou então conferir essa autoridade a qualquer assembléia. Poderão, portanto, se tal considerarem conveniente, submeter-se a um monarca de maneira tão absoluta como a qualquer outro representante.”

⁶ Art. 7º, XXVI da CF/88 - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

⁷ Com o fim da ultratividade da norma coletiva (art. 614, §3º da CLT, parte final), necessário que os pactos coletivos sejam efetivados antes do término de vigência do instrumento coletivo, tudo para assegurar os direitos já conquistados.

no momento das negociações, ou seja, a ‘união’⁸, conceito do citado autor em que se submete a vontade de um representante, no caso, seria a entidade sindical.

Em apertada síntese, em que pese T. Hobbes ter preocupações mais voltadas para a ordem, e, ter teorizado um modelo em que o poder é concentrado nas mãos de um soberano⁹, a representação, por si só, não pode ser menosprezada e serve de exemplo para as diversificadas relações sociais em especial para a representação sindical enquanto protagonista na criação da norma coletiva.

1.2 John Locke e o Estado

John Locke, contratualista do século XVII, concebe a relação entre o Estado e o indivíduo de forma um pouco diferente de Thomas Hobbes. Para Locke, o indivíduo precede o Estado. A religião também pertence ao indivíduo, e não ao Estado. O indivíduo, por sua vez, tem direitos naturais, tais como: vida, liberdade, propriedade privada.

O homem cria o governo por necessidade de convivência. O Estado é criado por um contrato social, que tem a função de garantir os direitos naturais; resolver os conflitos; e para proteger a sociedade internamente e externamente. Neste contexto, o Estado deve proteger a vida. As leis devem derivar da natureza e atender ao bem comum, caso contrário, firma-se um conflito com este Estado. Reale (2002, p. 649) classifica tal estágio do contratualismo, como ‘contratualismo intermédio’.¹⁰

Locke (1998, p. 573) destaca a importância do Poder Legislativo, até mesmo, quando trata da dissolução do governo:

A constituição do legislativo é o primeiro e fundamental ato da sociedade, pelo qual se provê à continuação de sua união, sob a direção das pessoas e dos vínculos das leis elaboradas por pessoas autorizadas a tal mediante o consentimento e nomeação por parte do povo, sem o que nenhum homem ou

⁸ Hobbes (2002, p. 96) expressa o seguinte conceito para união, relacionando-o com outros institutos: “Essa submissão das vontades de todos à de um homem ou conselho se produz quando cada um deles se obriga, por contrato, ante cada um dos demais, a não resistir à vontade do indivíduo (ou conselho) a quem se submeteu, isto é, a não lhe recusar o uso de sua riqueza e força contra quaisquer outros (pois supõe-se que ainda conserve um direito a defender-se contra a violência); e isso se chama união. E entendemos que a vontade do conselho é a vontade da maior parte dos membros do conselho.”

⁹ Bonavides (2001, p. 42) ressalta a característica absoluta do soberano: “Daí por que a perspectiva histórica daqueles tempos nos mostra a evidência o prestígio da ideologia que amparou os direitos naturais do Homem perante o Estado do que aquela outra, que oriunda de um teólogo como Bossuet ou um filósofo como Hobbes, apregoava o direito natural do Estado, encarnado na opressão da realeza absoluta.”

¹⁰ Reale (2002), compara com o constitucionalismo otimista (Rousseau) e pessimista (Hobbes): “No meio dessas duas teses extremadas, temos um contratualismo intermédio, correspondente ao constitucionalismo de Locke, achando que o homem no estado de natureza já possui um direito que é anterior ao contrato, o direito de liberdade, condição para a feitura do pacto. O homem nasce livre, e é por ser livre que pode pactuar de maneira que o contrato seria sempre condicionado pela liberdade e pela projeção de liberdade no mundo exterior, como fundamento da propriedade.”

grupo de homens, entre si, pode ter autoridade de elaborar leis que obriguem a todos os demais.

Por outro lado, trata também da representação, especificamente associando-a às corporações:

O poder de erigir novas corporações e, com isso, novos representantes, traz em si a suposição de que, com o tempo, as medidas de representação podem mudar e esses lugares passam a ter um justo direito à representação quando antes não tinham nenhum. [...] E sempre que o povo escolher seus representantes com base em medidas justas e inegavelmente equânimes, adequadas à forma original de governo, não se poderá duvidar que tal seja a vontade e o ato da sociedade, seja quem for que o tenha permitido ou proporcionado.

Locke não desconstitui, por completo, as ideias de Hobbes, mas a questão da representação, que para Hobbes vai levar o representado a obedecer a um poder absoluto, em Locke, faz sentido com a ideia de que o representante junto ao Estado irá fazê-lo, buscando o bem comum, não se delegando por inteiro a liberdade ao soberano.

Relacionando à questão da representação, não só para firmar as convenções e acordos coletivos, como também para sustentar o permissivo legal do artigo 611-A, *caput*, da CLT, temos que analisar em duas partes. Primeiramente, Locke trata de ‘pessoas com consentimento e nomeadas pelo povo’ – tal situação ocorreu na elaboração e no processo legislativo que deu azo a Lei nº 13.467/2017, pois houve discussão ampla entre os parlamentares¹¹. Outro dado importante para a representação exposto por Locke é a possibilidade de renovação na representação com o surgimento de ‘novas corporações’. Tal fato pode ser percebido na necessidade de se adaptar o texto legal, que já contava com 74 anos, às complexidades da sociedade atual, da era da informação, enfim, sem levantar nenhum posicionamento favorável ou contrário aos ditames da nova lei, mas a lei antiga necessitava adaptações.

Outro ponto interessante para sustentar a legitimidade dos representantes de quem negocia para este prevaleça sobre o legislado, é a afirmação de que os escolhidos o foram por meio de ‘medidas justas e equânimes’. Não se está aqui discutir o processo das escolhas dos representantes sindicais e as lutas sindicais em si, mas coloca-se o seguinte: durante todos estes anos, até a edição da Lei nº 13.467/2017 os representantes sindicais não firmaram inúmeros acordos e convenções coletivas? Logo, os meios, por mais que necessitem ajustes, até o presente momento, foram adequados.

¹¹ Mais de mil emendas foram apresentadas ao projeto original. (Fonte: www.camara.gov.br)

1.3 Jean-Jacques Rousseau e a vontade geral

J. J. Rousseau introduz uma ideia, presente até nos dias atuais, de que a lei expressa a vontade geral. Rousseau entendia que o homem não vivia em ‘estado de guerra’, também não era sua preocupação principal a formação do Estado para dar segurança jurídica aos seus cidadãos, mas sim expressa a ideia de que o homem é o ‘bom selvagem’, mas muito foi corrompido pela sociedade, e, para tanto, se fazia necessária a instituição do Estado por meio de um contrato social.¹²

Ao tratar da vontade geral, a primeira questão que se destaca é a distinção que Rousseau (1996, p. 37) entre a vontade geral e a ‘vontade de todos’:

Via-de-regra, há muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral; esta se refere somente ao interesse comum, enquanto que a outra diz respeito ao interesse privado, nada mais sendo do que a soma das vontades particulares.

Ou seja, a vontade geral expressa nas leis ou nas diretivas do Estado representa a soberania, pertencente ao povo, entendidas tais normas como declarações de vontade. A grande dificuldade seria como identificar a vontade geral como expressão geral da sociedade. Dent (1996, p. 216) nos explica tal complexidade:

A questão da vontade que ‘parte de todos’ é mais problemática. Rousseau estabelece uma distinção entre VONTADE DE TODOS e a vontade geral, embora julgue que a vontade geral possa ser o somatório da vontade de todos; essa distinção precisa ser observada, portanto, ao calcular como vontade geral promana de todos. Rousseau acredita que haverá algumas diretivas básicas às quais cada pessoa tem motivos idênticos para anuir – motivos idênticos porque essas diretivas dizem respeito à defesa e proteção de direitos fundamentais, como a segurança pessoal, a garantia dos meios de subsistência e a dignidade moral que todos compartilham.

Percebe-se que o que interessa para a expressão da ‘vontade geral’ é o reflexo das escolhas iguais¹³, por isso a dificuldade, para Rousseau em se atingir a vontade geral,

¹² Reale (2002, p. 647-650) traça uma comparação do critério usado por Rousseau para o contrato nos seus matizes histórico (negando-o) e deontológico: “Contratualismo total é aquele que, como acontece na obra de Hobbes ou de Rousseau, refere-se tanto à origem da sociedade civil como à do Estado. [...] O contrato não é um fato histórico, mas um critério de explicação da ordem jurídica. Em mais de uma passagem de suas obras fundamentais sobre o assunto, Rousseau faz questão de observar que as suas observações não devem ser tomadas no sentido efetual e histórico, mas sim em sentido hipotético. Vivemos ‘como se’ tivesse havido um contrato; e a sociedade legítima é aquela que se desenvolve tendo como pressuposto lógico a ideia de um contrato concluído segundo puras exigências racionais.”

¹³ Sieyès (2014, p. 61), aproveitando as ideias de Rousseau, defende a reunião de uma Assembleia Nacional, sob o argumento da vontade geral: “O que é a vontade de uma nação? É o resultado das vontades individuais, como a nação é a reunião de indivíduos.” Ainda sobre o interesse: “O interesse pelo qual um homem concorda com todos os seus associados é evidentemente o objeto da vontade de todos e o da assembleia comum.” (SIEYÈS, 2014, p. 62)

contudo, relacionando-a às possíveis escolhas do negociado sobre o legislado, temos as seguintes considerações:

1) a expressão da vontade geral alcançada pela lei brasileira, no caso específico da CLT, refletia uma situação social e um momento histórico específico, não necessariamente a ‘vontade genuinamente geral’, que se alcança com dificuldade;¹⁴

2) Rousseau admite que existe também uma vontade corporativa. Dent (1996, p. 212) a descreve nos seguintes termos:

A ideia de uma vontade corporativa (ou fracionária ou corporativista), uma vez introduzida, não fica necessariamente confinada aos organismos criados e estabelecidos pelo Estado, mas pode ampliar-se a grupos mais informais unidos por sua profissão, como os agricultores, ou a grupos com interesses comuns, como os ambientalistas, sócios de clubes etc.

Dent (1996, p. 212) prossegue ainda explicando o interesse comum:

Em virtude de sua posição, profissão ou interesse semelhante, pode haver certas coisas que, para cada um deles, promoverá sem distinção o bem dessas pessoas. Essas coisas serão para vantagem comum do grupo e, por conseguinte, será de interesse comum obtê-las. [...] Mas é, antes de tudo, porque como magistrado, ambientalista, ou seja lá o que for, há certas coisas que só são vantajosas para quem for simplesmente considerado, em seu papel de magistrado, ambientalista etc.

Ou seja, mesmo admitindo o entendimento clássico de que a lei é a expressão da vontade geral, não há conflito entre a lei e a ‘vontade corporativa’, pois as questões ali decididas e os direitos ali firmados interessam àquela categoria. Não se está aqui questionando o conteúdo decidido, ou seja, se o rol de direitos, sua aplicação, e as consequentes vantagens econômicas conseguidas ou não por um determinado grupo de uma categoria profissional podem ser melhores ou piores que o direito estabelecido pela lei, mas sim que a expressão da vontade geral, no caso específico da possibilidade do ‘negociado’ prevalecer sobre o ‘legislado’ pode expressar uma ‘vontade corporativa’ e que tal avença só interessa àquele determinado grupo, não havendo generalização.

2 O RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA

A Constituição Cidadã reconheceu as convenções e os acordos coletivos de trabalho como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição dos conflitos trabalhistas; reconheceu ainda a possibilidade de utilização desses instrumentos, inclusive para a redução

¹⁴ Dent (1996, p. 217) explica tal compreensão no Contrato Social: “É por isso que Rousseau pensa não ser provável que sejamos capazes de determinar uma vontade autenticamente geral se estivermos lidando com uma pessoa que não sinta já um certo senso de lealdade, propósito e destino comum, de modo que o bem de todos, e não apenas o dela própria se revista de suma importância para cada um.”

de direitos trabalhistas; conferiu ao sindicato a representação da categoria; impôs a participação dos sindicatos nas negociações coletivas; e assegurou, de certa forma, a liberdade sindical, proibindo a autorização prévia do Estado para a fundação do sindicato, vedando a intervenção do Poder Público em tal agremiação, estabelecendo a liberdade de filiação e vedando a dispensa do diretor, do representante sindical ou do candidato a tais cargos¹⁵. Verifica-se, dessa forma, que a Carta de 88 prestigiou a negociação coletiva, bem como a autocomposição dos conflitos trabalhistas, através dos sindicatos.

O modelo *justralhista* inaugurado pela Constituição segue a tendência mundial ao inequívoco reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949¹⁶ e na Convenção n. 154/1981¹⁷ da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Hodiernamente, para que seja válida a negociação coletiva, por consequência, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, faz-se necessário observar o requisito contido no art. 612¹⁸ da CLT (quorum da assembléia ou do estatuto), devendo haver ampla divulgação da convocação para a assembléia, registro em ata, bem como os requisitos dos

¹⁵ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...];

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;

VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei

¹⁶ Art. 4º - Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.

¹⁷ Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘**negociação coletiva**’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, *uma ou várias organizações de trabalhadores*, com fim de:

a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou

b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou

c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

¹⁸ Art. 612 - Os Sindicatos só poderão celebrar Convenções ou Acordos Coletivos de Trabalho, por deliberação de Assembléia Geral especialmente convocada para esse fim, consoante o disposto nos respectivos Estatutos, dependendo a validade da mesma do comparecimento e votação, em primeira convocação, de 2/3 (dois terços) dos associados da entidade, se se tratar de Convenção, e dos interessados, no caso de Acôrdo, e, em segunda, de 1/3 (um terço) dos mesmos

artigos 613, 614 e 616¹⁹ da CLT. Mas não é só. Devem ser observados os princípios, valores e regras constitucionais, sob pena de nulidade da cláusula violadora desse direito, mesmo que ele não esteja expressamente incluído nos incisos do art. 611-B²⁰ da CLT. Além disso, será

¹⁹ Art. 616 - Os Sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

§ 1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos Sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos Sindicatos ou empresas recalcitrantes.

§ 2º No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério de Trabalho e Previdência Social, ou se malograr a negociação entablada, é facultada aos Sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo.

§ 3º Havendo Convenção ou Acôrdo ou sentença normativa vigentes, a instauração do dissídio coletivo só poderá ocorrer a partir de 60 (sessenta) dias antes de esgotado o respectivo prazo de vigência, vigorando o novo instrumento a contar do término deste.

§ 3º - Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo.

§ 4º - Nenhum processo de dissídio coletivo de natureza econômica será admitido sem antes se esgotarem as medidas relativas à formalização da Convenção ou Acordo correspondente.

²⁰ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; X - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência

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

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

nula a cláusula redutora do salário, se não garantiu a contrapartida legal exigida (garantia de emprego durante a vigência da norma) (CASSAR, 2017, p. 23).

Com efeito, o instrumento coletivo deve ser fruto de prévia e extensa deliberação entre os componentes da categoria, seja ela profissional ou econômica, o que ocorre em Assembléia Geral especialmente convocada para elaboração da minuta de norma coletiva. Por isso mesmo, qualquer procedimento legislativo que violar o princípio democrático (art. 1º da Constituição Federal) padecerá de grave vício de inconstitucionalidade, por conseguinte, também restará violado o instrumento oriundo de negociação coletiva.

O respeito à democracia deve envolver, além da decisão majoritária, também a possibilidade efetiva de se deliberar amplamente sobre o objeto das negociações coletivas, respeitando-se, sobretudo, os direitos sociais constitucionalmente assegurados. Os debates racionalizam e legitimam as decisões tomadas em assembléia. O procedimento em Assembléia Geral, observado o quórum previsto no art. 612 da Consolidação das Leis do Trabalho, que seja desprovido de discussão, se restringindo à mera contagem de votos, não pode ser considerado efetivamente democrático. Se não há discussão sobre o conteúdo da proposta de criação do instrumento coletivo, não há observância ao princípio democrático.

Não por outra razão, o art. 612 da CLT menciona não só o comparecimento e a votação, mas também a deliberação da minuta que servirá de base para a criação dos instrumentos coletivos. A deliberação, como a votação, é elemento indispensável ao processo de criação da norma coletiva haja vista engajar o trabalhador no debate, cujo produto será a melhor decisão tomada de forma coletiva pelos membros da categoria.

Com efeito, em uma democracia, a maioria decide, mas apenas pode decidir depois de discutir, de deliberar, enfrentando os argumentos apresentados pelas minorias. Destarte, a exigência de deliberação, de discussão, é inerente ao pluralismo previsto no artigo 1º, V, da Constituição Federal. Kelsen (2000, p. 69-70), em estudo clássico, esclarecia o ponto:

A vontade geral, formada segundo o princípio da maioria, não é manifesta sob a forma de um diktat imposto pela maioria à minoria, mas como resultado da influência mútua exercida pelos dois grupos, como resultado do

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

embate de orientações políticas de suas vontades. Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria condenada a não exercer absolutamente influência alguma acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa – na formação da vontade geral, privando, com isso, a maioria – que, por definição, não é possível sem a minoria – de seu próprio caráter de maioria. Justamente essa possibilidade oferece à minoria um meio para influir sobre as decisões da maioria. (...) De fato, todo o procedimento parlamentar, com sua técnica dialético-contraditória, baseada em discursos e réplicas, em argumentos e contra-argumentos, tende a chegar a um compromisso. Este é o verdadeiro significado do princípio da maioria na democracia real.

A partir da reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017) os instrumentos coletivos foram de sobremaneira empoderados tendo, inclusive prevalência do que for negociado sobre o legislado (art. 611-A da CLT), de maneira que pela *novel* legislação a inexistência de contrapartidas recíprocas (art. 611-A, §2º da CLT) no bojo do instrumento coletivo não é considerado como requisito para invalidar o negócio jurídico, motivo pelo qual substancia-se a necessidade do trabalhador participar ativamente da Assembléia Geral especialmente convocada para a elaboração da minuta de proposta do instrumento normativo.

Para conferir maior substância ao pacto coletivo, bem como a fim de evitar interferência externa do Poder Judiciário sobre o produto das negociações coletivas a Lei nº 13.467/2017 inovou a partir da redação conferida aos artigos 611-A, caput e § 1º e 8º, §3º da CLT, cujo teor merece destaque:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os [incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição](#), têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

§ 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.

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no [art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 \(Código Civil\)](#), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Em primeiro momento, houve vozes (AMATRA, 2108; OAB, 2018; MPT, 2018) se levantando contra o “malfadado” PLC 38/2017, que deu origem à Lei 13.467/2017, no sentido

de que a combinação dos referidos artigos violaria, frontalmente, o princípio da separação dos poderes, da independência do judiciário, das normas de proteção social do trabalhador, por consequência, incorreria retrocesso social, caso o Projeto Lei fosse confirmado pelo Congresso Nacional.

Passados os 120 (cento e vinte) dias da turbulenta *vacatio legis*, a lei entrou em vigor e, após muitos debates, nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade, até o momento, sobre o tema (negociado sobre legislado) foi deflagrada. Cassar (2017, p. 82) entende que a alteração legislativa que introduziu o princípio da intervenção mínima na vontade coletiva trouxe maior segurança jurídica às negociações coletivas.²¹

De fato, a inovação legislativa trouxe segurança jurídica. Como dito alhures, a Constituição reconhece (art. 7º, XXVI) a negociação coletiva como direito social fundamental, sendo o princípio da autonomia da vontade coletiva corolário deste reconhecimento.

Em razão do caráter protecionista da Consolidação das Leis do Trabalho, por vezes, o princípio da autonomia da vontade fora relativizado, desnaturado, rebaixado. Existem diversos casos, inclusive, perante o Tribunal Superior do Trabalho²² aonde o pacto coletivo é considerado inválido em decorrência de ações individuais que visam, obviamente, resguardar direito individual em face da norma coletiva, fruto da aclamação popular.

Ao revés do que ocorre com o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho, a partir da Constituição de 1988, tem nas relações coletivas a sua categoria básica. O empregador, ente coletivo provido de capital, contrapõe-se à categoria dos empregados, ente também coletivo, representado pelo sindicato competente, eivado de considerável poder de

²¹ Sobre esse tema, Maurício Godinho Delgado defende que o Poder Judiciário deve funcionar como regulador, exercendo seu múnus fiscalizador para assegurar o exercício da autonomia da vontade coletiva, balizando sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva: “[...] a conclusão interpretativa não pode ser primitiva, absurda. Nesse quadro, a interpretação racional, lógica, sistemática e teleológica do novo §3º do art. 8º da Consolidação é no sentido de que a Justiça do Trabalho, ao examinar os preceitos constantes dos diplomas coletivos negociados (convenções coletivas e/ou acordos coletivos do trabalho), deve compreender o papel regulador complementar à ordem jurídica heterônoma estatal que é cumprido pela negociação coletiva trabalhista, respeitando, de maneira geral, os seus dispositivos celebrados. Entretanto, esse respeito aos dispositivos celebrados pela negociação coletiva trabalhista não significa sufragar agressão frontal, por tais dispositivos - se houver -, ao patamar civilizatório mínimo fixado pela Constituição da República e pelas normas internacionais imperativas sobre direitos humanos econômicos, sociais e culturais, inclusive trabalhistas. Não significa, igualmente, sufragar agressão frontal, por tais dispositivos, ao piso civilizatório fixado pelas normas legais imperativas federais de proteção às condições de trabalho, respeitadas, naturalmente, as ressalvas jurídicas pertinentes” (DELGADO, 2017, p. 108).

²² (...) o empregado merece proteção, inclusive, contra a sua própria necessidade ou ganância, quando levado a anuir com preceitos coletivos que lhe subtraem direitos básicos; e a negociação realizada era de duvidosa validade, quer porque no Direito do Trabalho a tônica é precisamente o esvaziamento do princípio da autonomia da vontade, quer porque não se pode permitir que todos os direitos sejam passíveis de transação, sob pena de se retornar à estaca zero. (BRASIL, 2007).

barganha, assegurado, exemplificativamente, pelas prerrogativas de atuação sindical, pelo direito de mobilização, pelo poder social de pressão e de greve. No ramo do direito do coletivo do trabalho, não se verifica, por conseguinte, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Dessa forma é irrazoável que a autonomia coletiva da vontade se encontre sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual.

Nessa linha, invocamos o princípio da equivalência dos contratantes coletivos, que impõe o tratamento semelhante a ambos os sujeitos coletivos aonde destaca-se:

O segundo aspecto essencial a fundamentar o presente princípio [da equivalência dos contratantes coletivos] é a circunstância de contarem os dois seres contrapostos (até mesmo o ser coletivo obreiro) com instrumentos eficazes de atuação e pressão (e, portanto, negociação).

Os instrumentos colocados à disposição do sujeito coletivo dos trabalhadores (garantias de emprego, prerrogativas de atuação sindical, possibilidade de mobilização e pressão sobre a sociedade civil e Estado, greve, etc.) reduziriam, no plano juscoletivo, a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário. Isso possibilitaria ao Direito Coletivo conferir tratamento jurídico mais equilibrado às partes nele envolvidas. Nessa linha, perderia sentido no Direito Coletivo do Trabalho a acentuada diretriz protecionista e intervencionista que tanto caracteriza o Direito Individual do Trabalho. (DELGADO, 2011, p. 1250-1251)

Mas não é só. Em sentido semelhante, quanto à inaplicabilidade do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas ao direito coletivo do trabalho e, ainda, quanto à possibilidade de redução de direitos por meio de negociação coletiva, já se afirmou:

O fundamento da validade da redução é o mesmo princípio que autoriza a estipulação mais vantajosa, a autonomia coletiva dos particulares, que não é via de uma mão só, [mas] de duas, funcionando tanto para promover os trabalhadores, mas, também, em especial na economia moderna, para administrar crises da empresa e da economia, o que justifica a redução dos salários dos empregados de uma empresa, pela negociação coletiva. Põe-se em debate, neste ponto, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. É construção destinada a atuar na esfera do direito individual, mas não no direito coletivo do trabalho, daí a sua inaplicabilidade às relações coletivas, regidas que são pelo princípio da liberdade sindical e da autonomia coletiva dos particulares, e não pelas regras da estrita aplicação aos contratos individuais de trabalho, inteiramente diferentes, portanto, os dois âmbitos da realidade jurídica, a do interesse individual e a do interesse coletivo. (NASCIMENTO, 2015, p. 444)

A negociação coletiva é um meio de administração do conflito que desempenha função política e social de maneira significativa. Dessa forma, ao incentivar o diálogo, ela tem o condão de pacificar o conflito entre capital e trabalho possibilitando que as próprias

categorias econômicas e profissionais disponham sobre as regras às quais se submeterão, garantindo, assim, aos empregados um sentimento de valor e de participação. É importante como experiência de autogoverno, como processo de autocompreensão influenciando, diretamente, a vida no trabalho e fora do trabalho de todos os que compõem a categoria. Porquanto, trata-se de mecanismo de consolidação da democracia e de consecução autônoma da paz social.

Com isso, a sistemática invalidação dos acordos coletivos de trabalho com base em uma lógica de limitação da autonomia da vontade exclusivamente aplicável às relações individuais de trabalho não pode ser regra, muito menos exceção, na verdade, como já exposto anteriormente, o direito coletivo do trabalho não deve ser tutelado como o direito individual que carece de maior tutela. A sistemática invalidação dos instrumentos coletivos de trabalho, de certa forma, compromete o direito dos membros da categoria ser tratados como cidadãos livres e iguais.

As normas paternalistas têm seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que limitam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que comprometem a sua contribuição para a solução dos problemas. É por meio do respeito aos acordos negociados coletivamente que a classe trabalhadora conseguirá compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de maneira a defender a plena liberdade sindical.

No sentido do que foi dito acima, faz-se necessário uma maior participação dos líderes sindicais cujo papel fundamental é fomentar meios para esclarecer, conscientizar, prestar as adequadas informações não apenas sobre o objeto de negociação mas também sobre os reflexos que advirão da formalização ou não do pacto coletivo. O sindicato, como órgão representativo de classe, não deve apenas convocar o associado para cumprir apenas uma formalidade, com a finalidade de “legitimar” a criação do instrumento coletivo, mas sim, periodicamente, manter a classe informada, ministrar cursos livres, palestras, enviar informativos entre outros. Essa forma de conduta legítima e fomenta ainda mais o princípio da intervenção mínima da autonomia na vontade coletiva.

O princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva deve ser observado na forma como proposto pela Lei nº 13.467/2017 já que o trabalhador sempre estará resguardado pela assistência sindical da sua categoria, havendo como sempre houve plena liberdade na manifestação do seu pensamento quando convocado para votar a minuta que embasará o pacto coletivo. O Estado deve funcionar, sim, como mero regulador

observando os requisitos formais de criação da norma coletiva, de maneira que seja respeitada a autonomia da vontade coletiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do estudo proposto, levando em consideração como são tratados a liberdade e o Estado em T. Hobbes, a representação e o Estado em J. Locke, a vontade geral em J. J. Rousseau, a partir do empoderamento conferido às negociações coletivas por meio da edição da Lei 13.467/2017, percebe-se que está mais do que na hora de ser enunciada a maioria cívica do trabalhador quando estiver representado coletivamente.

A liberdade, seja ela direito natural, ou garantida pelo direito positivo, não pode ser radicalmente alijada dos processos de escolhas em nome da ‘vontade geral’ expressa na lei, até mesmo quando a própria garante tal alternativa. Efetivamente, a representação está presente, tanto na negociação, até pela presença das entidades sindicais e seu papel constitucional de defesa judicial e administrativa dos direitos trabalhistas, como também esteve no processo legislativo e na elaboração da Lei nº 13.467/2017.

Os sindicatos vêm se fortalecendo com o passar dos anos o que assegura uma representação legítima. A central única dos trabalhadores, em que pese não ter delegação constitucional para a representar a classe trabalhadora, é um exemplo do movimento social que fortaleceu de sobremaneira os sindicatos dos trabalhadores. Não menos importante é dar voz ao trabalhador, de maneira que seja livre para expressar sua vontade e enquanto este considerado coletivamente, deve o sindicato representante fomentar os debates para que, de forma racional e bem fundamentada, possa a vontade geral ser, no âmbito das negociações coletivas, soberana.

Não reconhecer o poder concedido às entidades, respeitada a capacidade de representação, dentro dos limites da unicidade sindical, significa não dar validade a todas as negociações trabalhistas firmadas em acordos e convenções coletivas, que inclusive servem de fonte jurisprudencial vigorosa para a ‘oxigenação’ da própria lei, quando esta é antiga ou mesmo não está atualizada

De fato, a deliberação em Assembléia Geral não pode ser rasa, não deve ouvir apenas a voz dos representantes no exercício da função de dirigente sindical, a deliberação não é de somenos relevância ou importância, pelo contrário, é extremamente importante, porque atinge toda a classe representada, isso fica documentado, conhecem-se as posições assumidas também pelos divergentes, ouvem-se a voz das minorias, por isso a importância das

deliberações em Assembléia Geral (art. 612 da CLT) serem suficientes para esgotar os temas em debate não devendo deixar dúvidas razoáveis.

O trabalhador considerado coletivamente, devidamente representado e orientado pelo sindicato da sua categoria, é capaz de tomar a melhor decisão visando à criação da norma coletiva, por isso não deve ser tratado como absolutamente incapaz e inimputável para a vida civil, isso macularia toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, CF/88). Com efeito, o trabalhador protegido sob a égide da negociação coletiva, não deve ter a mesma proteção, o mesmo tratamento com ser individual, quando desprovido de pacto coletivo, não podendo chegar ao ponto de assemelhar-se à tutela ou curatela, em que a vontade do representado se faz pelo representante.

REFERÊNCIAS

AMATRA. **NOTA TÉCNICA PLC 38/2017 – REFORMA TRABALHISTA ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ANTIJURIDICIDADE**. Disponível em <https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tecnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>. Acesso em 15 jan. 2018.

BRASIL. Poder Executivo. Decreto-Lei nº 5.452 de 1943. **DOFC de 09/08/1943**, p. 11937.

_____. Poder Executivo. Decreto nº 33.196, DE 29 DE JUNHO DE 1953. **Diário Oficial da União** - Seção 1 – 04 jul.1953, p. 11922.

_____. Poder Executivo. Decreto nº 1.256, de 29 de SETEMBRO de 1994. **Diário Oficial da União** de 30 set. 1994, p. 14823.

_____. Poder Judiciário. Tribunal Superior do Trabalho. Processo n. TST-ROAA-1115/2002-000-12-00.6, Rel. min. José Luciano de Castilho Pereira, SDC, **DJe**, 16 mar. 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed., São Paulo: LTR, 2011.

_____, Maurício Godinho; Delgado, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. - São Paulo: LTr, 2017.

DENT, N. J. H. **Dicionário Rousseau**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1996.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**, **Coleção Os Pensadores**, São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **Do Cidadão**. Tradução apresentação e notas: Renato Janine Ribeiro. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o Governo**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MPT. **NOTA TÉCNICA N. 8 – SRI/MPT, 26 de junho de 2017**. Disponível em http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/ce4b9848-f7e4-4737-8d81-6b3c6470e4ad/Nota+t%C3%A9cnica+n%C2%BA+8.2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IPCHY69. Acesso em 15 jan. 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **NOTA TÉCNICA – PROJETO DE LEI DA REFORMA TRABALHISTA**. Disponível em <http://csb.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Para-conhecer-os-demais-pontos-abordados-pela-Nota-T%C3%A9cnica-do-Conselho-Federal-da-OAB-clique-aqui.pdf>. Acesso em 15 jan. 2018.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituinte Burguesa**. *Qu'est-ce que le Tiers État?* Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora. 2014.