XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

CLAUDIO JANNOTTI DA ROCHA

EDINILSON DONISETE MACHADO

CARLA REITA FARIA LEAL

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal 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 – Goías
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 Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

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

E27

Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Claudio Jannotti Da Rocha

Edinilson Donisete Machado

Carla Reita Faria Leal – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-775-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
ePós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

EFICÁCIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES DO TRABALHO, SOCIAIS E EMPRESARIAIS

Apresentação

Grupo de Trabalho: “Eficácia de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais.”

O XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Goiânia nos dias 19, 20 e 21 de junho, teve como tema “Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo”, com a divisão dos já tradicionais Grupo de Trabalho.

No GT foram apresentadas pesquisas desenvolvidas em mais de 15 Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área da eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil. Os artigos mostram um pouco do constitucionalismo crítico, das políticas públicas e desenvolvimento Inclusivo, com suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade, em especial nos Direitos Sociais.

Foram apresentadas nesse Grupo de Trabalho pesquisas e abordagens, sobre a reforma trabalhista, em especial, sua repercussão na atual sociedade brasileira, com temas como: Desconstrução do Estado Democrático de direito promovido pela reforma trabalhista: a violação dos direitos fundamentais; Direitos de personalidade do trabalhador e limites do poder diretivo do empregador: o balancing test como técnica de ponderação; O trabalho análogo ao de escravo como violação à função social do contrato de trabalho; Extinção do contrato de trabalho por ato da autoridade pública que obsta continuidade empresarial em decorrência de desapropriação no Brasil, Argentina e Espanha; Estágio supervisionado e a precarização do trabalho: Releitura dos projetos pedagógicos dos cursos da área de públicas sob a ótica da lei do estágio; Empregabilidade das pessoas com deficiência: avanços e perspectivas; O ensino à distância e a proteção do meio ambiente do trabalho dos docentes como teletrabalhadores; Da declaração de constitucionalidade da terceirização trabalhista e seus reflexos na saúde do trabalhador; O desvalor social do trabalho: a liberdade sem limites

de contratar decorrente das reformas trabalhistas; A reforma trabalhista e os diretos da personalidade; desqualificadas: assim se explica a falta de trabalho para as pessoas com deficiência; Projeto de lei 4.742/2001: uma tutela jurídica ao meio ambiente de trabalho psicologicamente equilibrado; A sociedade de risco e os desastres ambientais: análise das indenizações dos acidentes de trabalho em rompimentos de barragens frente à reforma trabalhista; Desemprego, deterioração do emprego subordinado, empreendedorismo individual e cooperativismo; Regime constitucional do emprego socialmente protegido: terceirização ilícita no novo marco regulatório; O direito ao trabalho sob a perspectiva da reinserção do trabalhador acidentado; O cooperativismo como possibilidade de inclusão social através do trabalho; Teletrabalho, um mundo em transformação; O desmonte dos direitos dos trabalhadores após a redemocratização no brasil; Dano existencial e relação de trabalho: reflexão para efetivação de direitos.

Assim, como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas no CONPEDI em Goiânia-GO o de 2019.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do Grupo do Trabalho.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero, da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Goiânia, junho de 2019.

Coordenadores:

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM

Prof. Dra. Carla Reita Faria Leal - UFMT

Prof. Dr. Cláudio Jannotti da Rocha - PUC/Minas

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.

DESCONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO PROMOVIDO PELA REFORMA TRABALHISTA: A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

DECLARATION OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW PROMOTED BY THE LABOR REFORM: THE VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Debora Dos Santos Viana [1]
Lourival José de Oliveira [2]

Resumo

Analisou a violação dos direitos fundamentais promovidos pela reforma trabalhista em face do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, tomando como fundamento a Constituição Federal e o Código Civil. Concluiu-se pela inconstitucionalidade em especial os artigos 8º, parágrafo 3º e parte do artigo 611-A, ambos da CLT, considerando os limites constitucionais, em especial o princípio do acesso à justiça com efetividade. Constatou a necessidade de intervenção do Estado nas relações laborais, sem a qual produz a desconstrução do Estado Democrático de Direito. Utilizou-se método dedutivo, de acordo com a problematização, com pesquisas doutrinárias jurídicas e legislações pertinentes.

Palavras-chave: Acesso a justiça, Autonomia da vontade, Direitos fundamentais, Direitos sociais, Reforma trabalhista

Abstract/Resumen/Résumé

It analyzed the violation of the fundamental rights promoted by the labor reform in the face of the principle of minimum intervention in the autonomy of the collective will, based on the Federal Constitution and the Civil Code. The article 8, §3 and article 611-A, the Consolidation of Labor Laws, considered unconstitutional, especially the principle of access to justice with effectiveness. He noted the need for state intervention in labor relations, without which it produces the deconstruction of the Democratic State of Law. A deductive method was used, according to the problematization, with legal doctrinal research and pertinent legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access to justice, Autonomy of the will, Fundamental rights, Social rights, Labor reform

[1] Mestranda em Direito na Universidade de Marília – UNIMAR

[2] Professor Doutor do Curso de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR.

INTRODUÇÃO

São cada vez mais frequentes os debates em relação a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, chamada de reforma trabalhista. Para o presente estudo, elegeu-se o artigo 8º, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho, que de acordo com a reforma, ficou conhecido como princípio da intervenção mínima na vontade coletiva, examinando-o sob a ótica da efetividade da justiça, o qual se constitui em um princípio derivado do próprio acesso à justiça, com uma abordagem mais diretamente relacionada a possíveis violações aos direitos fundamentais.

Justifica-se o presente estudo por sua atualidade e por estar diretamente relacionado ao ponto central da reforma trabalhista, que aqui pode ser estabelecido como a tentativa de sobreposição do negociado sobre o legislado, conforme estampado no artigo 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho, construindo em um segundo momento em torno dessa sobreposição uma blindagem que seja capaz de impedir a própria efetividade dos direitos fundamentais através da efetividade do processo, consubstanciada no artigo 8º, parágrafo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O trabalho abordará, em especial, um estudo a respeito do princípio da autonomia da vontade e suas limitações frente à proteção dos direitos sociais, ainda que se trate da vontade coletiva, contida principalmente nos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Para tanto, buscou-se a todo tempo o enfoque constitucional, com um tratamento crítico a respeito da liberdade de contratação, levando-se em conta a função social do contrato, conforme estabelecido no Código Civil, para o fim de analisar com mais propriedade o ponto fulcral da reforma trabalhista e que de certa forma complementa o seu objetivo principal. Não se olvide que as negociações coletivas estão consagradas na Constituição Federal e que é preciso determinar um padrão de proteção ao trabalho, por ser considerado constitucionalmente enquanto um direito social, fundamento da República Federativa do Brasil e valor de proteção primeira pela ordem econômica constitucional.

Dessa forma, todo o cuidado através do Estado para a preservação e efetivação dos direitos sociais se constitui em um dos seus objetivos principais, conforme artigo 3º também da Constituição Federal, que deverá fazer cessar qualquer consequência danosa produzida por tratativas individuais e ou coletivas.

Portanto, tem-se a obrigação do Estado, que possui o dever, de forma ativa, na proteção dos direitos sociais, que se constitui no seu inquestionável requisito ou a própria essência do Estado Democrático de Direito, que deverá ser efetivada na medida em que se concretiza a ameaça ou a efetiva violação a esses mesmos direitos.

A autonomia da vontade se prende ao princípio da própria liberdade de contratação, que deverá estar equilibrada com a proteção e preservação dos direitos sociais, exigindo-se para tanto o controle do conteúdo daquilo que é negociado, seja no plano individual e ou coletivo, implicando assim no chamado dever do Estado de exercer o controle direto e democrático dos interesses sociais coletivos sem que afete a liberdade de contratação.

Trata-se de uma pesquisa embasada na Constituição Federal e demais legislações infra constitucionais, contrapondo-se a pontos estabelecidos pela Lei 13.647/2017, que passou a ser conhecida como reforma trabalhista, com supedâneo em revisão bibliográfica, utilizando-se a doutrina jurídica e adotando-se o método dedutivo, com análises críticas e propositivas.

1 O princípio da autonomia da vontade e seus limites constitucionais

Antes de qualquer estudo sobre a reforma trabalhista promovida pela Lei nº13.467, de 13 de julho de 2017, é importante destacar que apesar de toda a desfiguração criada pela citada reforma, ainda resta a Constituição Federal, através da qual deve-se buscar reconstruir todos os desmandos que foram promovidos, em especial através do princípio da efetividade da prestação jurisdicional e através do exame de todo o tipo de negócio jurídico, destacando-se aqui os acordos e convenções coletivas de trabalho, considerando o seu alto grau de incidência nos contratos individuais de trabalho juntamente com a sua importância na construção de um regramento coletivo para uma categoria profissional.

Importante também se faz uma análise do princípio da autonomia da vontade sob a ótica do Código Civil, destacando-se a existência de limites, em especial limites constitucionais, os quais se descumpridos farão do negócio jurídico algo nulo ou anulável, por desrespeito a proteções sociais coletivas principalmente. Dessa forma, a compreensão de referido princípio é o primeiro passo para a análise no contido no artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, que se constitui em um dos objetos do presente estudo.

Ao mencionar o princípio da autonomia da vontade imediatamente se invoca o direito contratual, o direito que as partes têm de negociarem entre si, onde suas vontades devem

prevalecer na negociação que estão dispostas a participar, e que os pactos assumidos devem ser respeitados, a partir do que se consagrou o brocardo *pacta sunt servanda.* Trata-se de forma objetiva ao exercício do princípio da livre iniciativa no que se refere à elaboração de pactos que se irradiarão nas relações de trabalho, criando regras setorizadas e por tempo determinado.

Quando se trata de uma relação contratual, o Código Civil é claro no tocante a validade de um negócio jurídico e os limites legais que não podem ser ultrapassados, de modo que, em seu artigo 104 e incisos, constam os elementos de validade do negócio jurídico, quais sejam: o agente tem que ser capaz, o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Ao mesmo tempo, o citado código também possui aquilo que foi chamado pela doutrina como a publicização do direito privado, que se trata da interferência do Estado nos contratos, fazendo prevalecer o interesse comum, como por exemplo, o da redução da desigualdade entre as partes contratantes, sob pena de ocasionar prejuízos a toda a sociedade. No caso, pode ser citado principalmente o artigo 421 do Código Civil, que impõe que a contratação se dê nos limites e em razão da função social do contrato sob pena de não ser efetivado aquilo que também passou a ser chamado de socialização das relações contratuais.

Logo, quando se tem qualquer celebração contratual, deve-se verificar se o agente é capaz e se o objeto é lícito, uma vez que a autonomia de vontade tem esses dois itens como primeiros filtros, não sendo apenas a vontade o elemento que rege os limites contratuais e também se o contrato ou aquilo que foi estabelecido cumpriu com a função social do contrato, ou seja, se alcançou os objetivos acima referidos.

Roberto Senise Lisboa (1997, p. 26) leciona sobre o princípio da autonomia de vontade e os limites que o regem, de maneira que o sujeito pode decidir se contrata ou não alguém. Mas não apenas isso. O sujeito pode ainda escolher o que contratar, com quem contratar e em que termos contratar. Com isso, os contraentes passam a participar amplamente na elaboração do negócio jurídico. Contudo, essa amplitude acontecerá dentro daquilo que estabelecido como finalidades maiores, ou seja, que estão acima das vontades das partes, como por exemplo, os objetivos sociais.

Não se olvide, aliás, que a determinação em negociar das partes em uma relação contratual tem que ser equivalente uma com a outra para que não haja imposição de vontades.

Também é evidente que existe uma máxima aproximação da liberdade de contratar com os princípios constitucionais, com a liberdade de concorrência, que ao mesmo tempo busca o seu equilíbrio na vinculação com a função social do contrato, que impedirá o abuso de direito, a produção de vantagem excessiva, o descumprimento de valores sociais e por último o prejuízo que poderá ser provocado em terceiros, que nem fazem parte do contrato.

Segundo o princípio da autonomia da vontade, as partes possuem a liberdade de estabelecerem livremente aquilo que convencionarem e for de mútua vontade. "Entretanto, a liberdade de agir daquelas estará cercada pela ordem pública e pelos bons costumes exalados pela sociedade". (MATTE, 2001, p. 32).

Mauricio Goldinho Delgado leciona:

> E isso não pode ser diferente no âmbito trabalhista, pois o contrato de trabalho tradicional se resume em prestação de serviço e em contrapartida o pagamento pelo trabalho prestado, daí rodeado de limites constitucionais para uma relação justa. Para as vertentes tradicionais (ou originárias), a relação empregatícia teria caráter contratual, sendo naturalmente assimilável a alguma das figuras contratuais existentes no universo do Direito Civil (2015, p. 637).

Neste contexto, traz-se à baila, como objeto de estudo, "não os contratos individuais de trabalho, mas sim o contrato coletivo de trabalho, que hoje corresponde à convenção e ao acordo coletivo, conforme dispõe o artigo 611 da CLT". (MARTINS, 2013, p. 880).

Os acordos e as convenções coletivas de trabalho são contratos celebrados entre os sindicatos representantes de determinadas categorias de empregados com as correspondentes categorias de empregadores, que acordam entre si condições de trabalho. Conforme Mauricio Goldinho Delgado, "trata-se de denominação de caráter objetivista, realçando o conteúdo do segmento jurídico identificado: relações sociojurídicas, grupais, coletivas, de labor". (2015, p.1473).

A propósito, o reconhecimento do acordo coletivo e da convenção coletiva estão consagrados na Constituição Federal em seu artigo 7º, XXVI, bem como no artigo 511 e seguintes da CLT. A par dessas lições, nota-se que os sindicatos têm poder de negociação sobre questões referentes às relações de trabalho, que, em regra, destinam-se a beneficiar os trabalhadores (artigo 7º, caput, da C.F.), respeitando os direitos básicos, a autonomia de vontade e seus limites constitucionais.

Entretanto, desde a Lei 13.467 de 13 de junho de 2017, conhecida como a reforma trabalhista, a autonomia de vontade passou a estar baseada em outros parâmetros como que se desligando dos limites e objetivos constitucionais estabelecidos, tentando fazer prevalecer a livre iniciativa e a sobreposição de uma das partes, no caso o empregador sob o empregado.

Trata-se de uma situação espúria, que acabou contradizendo por completo o próprio vetor constitucional que está focado na proteção da dignidade humana. Quanto à função social do contrato, sobram argumentos para afirmar que no plano laboral estabeleceu-se algo completamente divorciado daquilo que ficou firmado no Código Civil, ainda que aqui esteja se tratando de um contrato de trabalho, que deveria demandar uma maior gama de proteção.

A reforma trabalhista trouxe à baila o artigo 611-A da CLT, com um rol de incisos e parágrafos dispondo quando a convenção e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei, balizando sua atuação pelos princípios da intervenção mínima na autonomia de vontade, expresso o artigo 8º, parágrafo 3º da CLT.

Analisando friamente, apenas sob a ótica da autonomia da vontade, as partes que avençam um acordo coletivo de trabalho que, por exemplo, retire algum direito do trabalhador, sem qualquer contrapartida de benefício ou melhoria nas condições de trabalho, pela dicção do artigo 7º da Constituição Federal, já está fadado de nulidade. Caso deseja-se aplicar o Código Civil, no que se refere à necessidade do cumprimento do interesse social, por certo também estará fadado à nulidade. Como pode, na tentativa de desviar a aplicação dos dois institutos, estabelecer (artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, que em sendo cumpridos apenas parte dos requisitos exigidos no caso o constante no artigo 104 do C.C., ou seja, sendo o agente capaz e o objeto lícito, não haveria qualquer irregularidade?

De fato, ainda que no plano coletivo, não é possível acreditar que em um pacto laboral existiria paridade de forças entre as partes. Ainda mais quando o resultado da convenção estabelecida acaba por violar direitos sociais, ainda que se estabelecesse apenas e somente a aplicação do Código Civil. Daí porque essa negociação, sendo realizada pelos sindicatos, tem de necessariamente ser limitada para o escopo de ser considerado o negócio jurídico seguro e válido.

Américo de Plá Rodriguez ensina:

> A autonomia de vontade tem limitações específicas, próprias do Direito do Trabalho. Infere-se, pois, que as limitações gerais do Código Civil são aplicadas às relações de trabalho na medida em que a vontade das partes não pode, através do contrato de trabalho, convenção coletiva ou contrato de seguro privado, ferir os bons costumes, as bases de ordem pública do Estado ou as normas proibitivas expressas que tendem a proteger situações de direito especiais (2000, p. 66).

A partir de então, quando a doutrina menciona que a autonomia de vontade não pode ferir os bons costumes e a base de ordem pública, o acordo ou convenção coletiva, que outrora autoriza o empregador e o empregado a negociarem de forma igualitária, esbarra em limites não só constitucionais como também principiológicos.

Ora, como já mencionado, "o princípio de proteção ao trabalhador deve proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a este último uma superioridade jurídica". (MARTINS, 2013, p. 72). Portanto, principalmente nos pactos laborais deve-se levar com mais vitalidade a necessidade de criação de instrumentos que possam reduzir as disparidades entre as partes sob pena de vício de nulidade do pacto estabelecido.

Com efeito, em que pese o artigo 7º da Constituição Federal e todos os seus incisos disporem de forma categórica sobre a irrenunciabilidade dos direitos constitucionais trabalhistas, exsurge o artigo 611-A da CLT que, de um modo ou de outro, autoriza a negociação ampla e quase irrestrita, demonstrando claramente que a autonomia dos sindicatos deve acontecer apenas com o cumprimento dos elementos formais contidos no artigo 104 do diploma civil.

Não se pode esquecer o princípio da irrenunciabilidade de direitos, consagrado no artigo 9º da CLT, onde ficou estabelecido que serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar as aplicações dos direitos contidos na citada consolidação.

De todo modo, não basta apenas serem tecidas críticas sobre a autonomia de vontade sobre o aspecto formal. Deve-se ressaltar a indispensável análise sobre os limites, ou seja, as chamadas fronteiras estabelecidas em especial pela ordem pública, sendo que a vontade dos contratantes está limitada principalmente pelo interesse coletivo, de forma a prevenir a prática de abusos e especialmente proteger a parte mais fraca na contratação.

Dessa forma, caberá ao Estado, quando houver violações aos princípios constitucionais ou ocorrer o desequilíbrio contratual, intervir no acordo particular, de forma a fazer prevalecer em especial a função social contratual, o equilíbrio entre as partes, ainda que a solução para o acordado acabe tomando uma direção diferente daquela que foi eleita na relação privada estabelecida.

Nota-se que nesse estudo em específico, o que está sendo tratado é o acordo coletivo e ou a convenção coletiva de trabalho, o que significa uma autonomia de vontade extremamente condicionada e limita por outros valores de ordem pública, no caso aqui a proteção ao valor trabalho humano, tornando-se assim qualquer intervenção estatal nessas formas de contratação algo imprescindível diante dos valores sociais que devem aqui serem protegidos. Fica assim mais evidente a própria necessidade de intervenção na autonomia coletiva das partes envolvidas na negociação coletiva de trabalho.

2 A necessidade de controle e limitação do negociado frente ao princípio da legalidade

Pretende-se aqui promover um maior aprofundamento no estudo da autonomia de vontade na negociação coletiva de trabalho, em regra promovida pelos sindicatos representando suas categorias, ressaltando os limites constitucionais, que leva a uma maior necessidade de controle do negociado, o que deve ser estudado à luz principalmente do princípio da legalidade.

Abordou-se sobre o que é a negociação coletiva e o poder que ela ganhou com a reforma trabalhista, enfrentando, em alguns pontos, o texto constitucional, trazendo a preocupação sobre o dilema trabalhista do negociado *versus* legislado, uma vez que, com a nova legislação, o negociado tem apenas que estar de acordo com o estabelecido pelo Código Civil no que se refere ao cumprimento dos elementos formais.

No âmbito das relações jurídicas, tem-se o princípio da legalidade, consagrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma cousa se não em virtude de lei”. Logo, pode-se fazer tudo o que a lei não proibir, vigorando a vontade das partes envolvidas, contanto que não viole nenhum direito do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes:

> O princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado e, só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras do processo legislativo constitucional, é que podem ser criadas obrigações individuais, pois estas são expressões da vontade geral (2013, p.40).

Se o princípio da legalidade visa combater o poder arbitrário do Estado, este mesmo princípio deve fiscalizar as normas do acordo ou convenção coletiva, ou seja, combater a negociação arbitrária ou até mesmo o poder dado a ela, pois consagrador de direitos a toda uma gama de trabalhadores.

Nesse patamar de impulso e promoção das normas coletivas, passa-se a analisar e confrontar o artigo 7º da Constituição Federal e o artigo 611-A da CLT, traçando-se, a partir de então, numerosos conflitos de legalidade.

O texto constitucional do artigo 7º, incisos VI, XIII e XXVI, reconhece os acordos e convenções coletivas, como instrumentos capazes para a redução de salários e duração da jornada de trabalho, desde que respeitados os limites constitucionais estabelecidos. Porém, constitucionalmente, não existe qualquer espaço para que acordos e convenções coletivas tenham poder de tornar precárias as condições de trabalho. De forma oposta, segundo o contido no mesmo artigo 7º, "caput", as negociações coletivas de trabalho ou qualquer outro instrumento utilizado somente poderá promover a otimização das condições de trabalho, tomando como parâmetro mínimo aquilo que já se faz presente na Constituição Federal.

> Embora a Constituição Federal tenha dado poderes para a negociação coletiva, não se trata, jamais, de um *superpoder* da sociedade civil, apto a desconsiderar, objetivamente, os princípios humanísticos e sociais da própria Constituição Federal, ou de, inusitadamente, rebaixar ou negligenciar o patamar de direitos individuais e sociais fundamentais dos direitos trabalhistas imperativamente fixados pela ordem jurídica do país (DELGADO, M; DELGADO, G, 2017, p. 252).

O artigo 611-A da CLT, conforme redação da Lei n. 13.467/2017, confere enormes poderes para a negociação coletiva de trabalho, dispondo que o contido no acordo ou convenção coletiva de trabalho tem prevalência sobre a lei, elencando um rol de quinze incisos, sem falar da sua redação final "entre outros", deixando evidente que o rol é exemplificativo e é capaz de abarcar outras situações.

Frise-se que não serão abordados todos os incisos, tomando-se como exemplo apenas dois dispositivos, de forma a demonstrar o quanto é importante a submissão do conteúdo das cláusulas contidas nos acordos e ou convenções, de maneira integral, à intervenção do Estado, principalmente quando contrariar em seu conteúdo o que se encontra garantido

constitucionalmente. Cabe aqui citar o artigo 611-A, incisos XII (enquadramento do grau de insalubridade) e XIII (prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do ministério do trabalho), ministério do trabalho este, que foi extinto pela MP 870, que parecem ser os que proporcionalmente mais afrontam os direitos comezinhos de proteção ao meio ambiente do trabalho.

Os dois incisos apresentados dizem respeito diretamente à saúde humana. Também, em se fazendo uma análise mais minuciosa, tem-se que o fator insalubre é algo técnico-científico, capaz de ser medido, com limites métricos de serem suportados. Em terceiro, segundo o artigo 7º, XXII da Constituição Federal, existe uma obrigação por parte do empregador e da sociedade como um todo, por conta que se trata da defesa do meio ambiente do trabalho, na redução dos riscos inerentes ao trabalho, na proteção da saúde e promoção da segurança. Trata-se de algo que se irradia para toda a sociedade. Portanto, como estabelecer negociações que não produzam a realização dessas finalidades?

Cita-se aqui também o artigo 195 da CLT, que não foi alterado, e que trata da classificação da insalubridade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, que se farão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrado no Ministério do Trabalho, estabelecendo assim parâmetros legais e procedimentos próprios ditados por normas públicas.

Em relação aos incisos XIII e XIII do artigo 611-A, a regra jurídica mostra-se praticamente vazia de conteúdo normativo porquanto pretende-se fazer prevalecer o princípio da liberdade de contratação, como se estivesse diante de um valor disponível. “É que a saúde humana não é passível de negociação bilateral ou coletiva, por força da matriz constitucional de 1988, com suas várias regras e princípios de caráter humanístico e social”. (DELGADO, M; DELGADO, G, 2017, p.264),

O poder de negociação coletiva é consagrado pelo texto constitucional, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p.412), afigurando-se possíveis as limitações decorrentes da colisão de um direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais, o que legitima o estabelecimento de restrições, ainda que não expressamente autorizadas pela Constituição.

É nesse condão que as negociações trabalhistas têm que seguir, preservando os direitos fundamentais, dentro de limitações impostas constitucionalmente diante da autonomia da vontade coletiva. E essa limitação poderá ser estabelecida principalmente por conta da efetividade do processo, onde o Estado, através do Poder Judiciário, se pronunciará intervindo de forma profunda, ao ponto de até decidir pela nulidade do negócio jurídico estabelecido, restabelecendo os direitos sociais agredidos.

3 A crise pela não efetivação dos direitos fundamentais

Diante do apresentado em relação a autonomia da vontade e a necessidade de limitação do que pode ser acordado em negociações coletivas, fica demonstrado que a nova legislação trabalhista tem o condão de restringir a atuação do poder judiciário, de modo que estas restrições ficaram claramente demonstradas no citado artigo 611-A, combinado com o artigo 8º, parágrafo 3º, ambos da CLT.

A análise dessa restrição ao acesso à justiça se faz com o artigo 8º parágrafo 3º da CLT, que tem redação no sentido de que, no exame de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitando o disposto no artigo 104 do Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima da vontade coletiva.

Considera-se, pois, que, de um lado, a reforma trabalhista ampliou, sem qualquer limitação, as possibilidades de se estabelecer coletivamente pactos a respeito de direitos inalienáveis ou inegociáveis, e, de outro, estabeleceu limites para que esses pactos, ao mesmo tempo, não fossem submetidos ao judiciário.

A partir do momento que foi declarado que a justiça do trabalho julgará de forma exclusiva apenas em conformidade no negócio jurídico determinado pelo artigo 104 do código civil, construiu-se uma barreira à análise do mérito das possíveis violações aos direitos fundamentais existentes nas negociações coletivas de trabalho.

Ademais, o princípio constitucional do amplo acesso ao Poder Judiciário mutilar-se-ia pelas duas novas regras da legislação trabalhista, com a vedação do conhecimento judicial acerca do conteúdo dos diplomas normativos lavrados pela negociação coletiva (DELGADO, M; DELGADO, G, 2017, p. 278).

As partes nas relações de trabalho não têm paridade para negociação, sendo que o desequilíbrio entre elas, ainda que na forma coletiva, continua existente, não podendo ser violados os princípios elencados no Direito do Trabalho, em especial o contido no artigo 7º da Constituição Federal.

Dessa forma, aquilo que ficou estabelecido no artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, tratar-se-ia de uma limitação até mesmo para o controle da constitucionalidade pela via indireta, o que seria um verdadeiro desrespeito ao contido no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

A esse respeito, vale a nota de Artur Cesar de Souza:

> [...] nada adianta precorinizar-se a proibição do exercício arbitrário das próprias razões, proibindo-se que cada pessoa use do recurso da força por si própria para realizar ou assegurar seus direitos, sem que o Estado ofereça uma via institucional adequada e de amplo acesso para o conflito seja definitivamente resolvido no campo institucional apropriado. (2015, p. 91)

Por outro lado, a questão aqui também em debate cria uma crise de efetividade da justiça, e esse é um ponto pouco tratado, por sinal, considerando que, na maioria das vezes, o que se apresenta em relação ao dispositivo citado é uma crise para reestabelecer a eficácia dos direitos fundamentais. O princípio da efetividade da jurisdição significa a aplicação, no plano material, de direito reconhecido no plano processual. Citado princípio está mais ligado à realização na prática daquilo que é estabelecido pelo direito material.

O tema efetividade do processo para fazer valer os direitos fundamentais, tem suscitado discussões entre os processualistas, acabando por vinculá-lo à própria existência de justiça. Cabe, aqui, a citação de Tucci: "preocupar-se com um valor fundamental, ínsito à tutela dos direitos, qual seja, a imprescindibilidade da efetividade do processo, enquanto instrumento de realização da justiça". (TUCCI, 1997, p.63).

Portanto, a discussão não reside apenas a direitos sociais e ao acesso à justiça, como também em assegurar que ocorra, na prática, a proteção por parte do Estado, estabelecendo-se a própria justiça. Não se trata tão só da garantia de ação, como antes era entendido, mas de exigir que a tutela pretendida seja efetivamente concretizada. Segundo João Batista Lopes e Maria Elizabeth de Castro Lopes:

> A Constituição de 1988 traz, no inciso XXXV do art. 5º, a seguinte disposição: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Para além da literalidade do texto, o que se estabelece não é apenas o direito de ingressar em

> juízo ou de movimentar a máquina judiciária, mas a garantia de tutela jurisdicional qualificada, cumprida a função social do sistema jurídico. (2008, p. 243).

No caso em estudo, havendo, por exemplo, violação de um direito social através de uma Convenção ou Acordo Coletivo, que a via judicial se compreenda também naquele instrumento e, de uma forma rápida, efetive a declaração de nulidade da cláusula infringente, retirando-a, com todo o seu conteúdo, do pacto coletivo e restabelecendo os direitos da parte ofendida em todos os sentidos.

Em contrapartida, há quem ainda irá defender que o artigo 8º, parágrafo 3º da CLT, no final de sua redação, menciona que a atuação do judiciário será regida pelo princípio da intervenção mínima para garantir a liberdade de contratação. Porém, não há o que se falar em intervenção mínima quando se restringem direitos constitucionais, apenas demonstrando mais uma forma de coibir o Estado para a não-proteção da parte mais vulnerável, que no caso é o trabalhador.

A não efetivação da proteção do Estado através do processo retira dele a sua legitimidade na medida em que não consegue assegurar os próprios direitos fundamentais, um dos seus principais objetivos. Assim, essa garantia, que deve ser promovida pelo Estado, passa pela necessária efetividade de suas decisões, sem a qual não se comporá o litígio, ou seja, não se atingirá o fim último do processo.

Portanto, observa-se que o conteúdo do artigo 8º, parágrafo 3º da CLT é muito mais que uma violação ao acesso à justiça. Trata-se de menoscabo ao resultado útil e efetivo do processo, atingindo a própria essência do Estado Democrático de Direito, considerando-se que um Estado que não proporciona o devido processo não é um Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático de Direito deve proporcionar o justo e devido processo, limitando inclusive algumas leis, caso elas tenham perdido a sua essência coletiva dentro do direito social, conforme interpretação de Weffort nos textos de Hegel, segundo a qual o Estado tem que ser a condição para a limitação recíproca e que as leis sejam o seu limite (2006, p.125).

A função do Estado é a análise da disputa entre as negociações coletivas e os direitos fundamentais, no sentido de equilibrá-la, uma vez indispensável à segurança jurídica para proteger valores essenciais à vida. De todo modo, o Estado deve garantir que o poder existente

seja exercido racionalmente, isto é, de acordo com a justiça, racionalizando o poder (FLEINER-GERSTER, 2006, p. 85).

Enfim, a questão aqui é muito mais profunda do que a negativa do acesso à justiça. O contido na reforma trabalhista afeta diretamente o próprio Estado Democrático de Direito, como que autorizando a violação aos direitos fundamentais, quando quer retirar do controle do Estado a própria efetividade desses direitos. Na verdade, cria-se uma situação de exceção onde nos pactos coletivos laborais pode se infringir os direitos fundamentais do trabalho.

Destarte, caso não seja retirado do ordenamento jurídico o contido no artigo 8º, parágrafo 3º, não se estará apenas violando o princípio da autonomia da vontade ou apenas o acesso à justiça, mas também causando uma crise na efetividade da justiça, e nos princípios basilares do Direito do Trabalho e nos direitos fundamentais da classe trabalhadora. O núcleo central, talvez a maior violação esteja acontecendo contra o próprio Estado, que deixaria de deter a sua legitimidade, sendo sufocado, ou simplesmente ignorado o direito consagrado pela Constituição Federal.

De acordo com o estudo constitucional, e que se sustenta através de uma interpretação sistêmica, a prevalência da autonomia da vontade contida nos acordos e convenções coletivas de trabalho trata-se da manifestação de um individualismo exacerbado, que busca legitimar a possibilidade das partes, no caso o empregado, ainda que representado por seu sindicato, poder dispor de seus direitos como aprouver, dentro de uma presunção de igualdade formal entre as partes, onde o próprio direito civil restringe a existência de pacto quando em desrespeito a esse equilíbrio necessário.

Nesse caso, a efetivação dos direitos fundamentais através do processo, onde se restabelece os direitos sociais e se corrige os desvios, tratando-se da própria realização dos direitos sociais/fundamentais é algo inarredável. Parte-se aqui da proteção aos direitos trabalhistas, com valorização constitucional, tendo como característica a sua natureza extrapatrimonial, que necessita da intervenção do Estado com o objetivo primeiro de assegurar ou restabelecer a proteção ao trabalho e que ultrapassa a esfera coletiva categorial, tratando-se de um requisito necessário para o próprio reconhecimento do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Ficaram identificados os principais objetivos da presente pesquisa, que foi demonstrar a necessidade de se estabelecer o reequilíbrio, em especial nos acordos e convenções coletivas de trabalho, em considerando o estabelecido no artigo 611-A da CLT, introduzido pela reforma trabalhista, conjugado com o artigo 8º, parágrafo 3º também da CLT.

Concluiu-se que embora a reforma trabalhista tenha partiu do pressuposto da quase plena liberdade das partes em um pacto coletivo laboral (artigo 611-A da CLT). Mesmo assim, existe a necessidade de serem atendidos os requisitos substanciais que devem estar presentes em qualquer modalidade de contrato, ou seja, o atendimento ao interesse público, a função social do contrato e em especial o equilíbrio contratual das partes na própria feitura do contrato (artigo 421 do C.C.). Não é possível, dentro de uma lógica simples, tratar a liberdade contratual, ainda que desprezando os princípios do Direito do Trabalho, em desconformidade com a regra geral que rege os contratos, em especial a finalidade social do contrato.

Agregando-se à análise a Constituição Federal tem-se a obrigação dos pactos em promover a melhoria das condições sociais (artigo 7º da C.F.), bem como buscar as finalidades constitucionais estabelecidas (artigo 3º da C.F.), colocando o trabalho como o valor primeiro da ordem econômica (artigo 170 da C.F.), constituindo-se em direito fundamental.

De todo esse conjunto, entendeu-se que o princípio da intervenção mínima na vontade coletiva (artigo 8º, parágrafo 3º da CLT) se constitui em uma afronta não somente aos princípios constitucionais como também ao próprio Estado Democrático de Direito, na medida em que proíbe a sua intervenção, no caso através do Poder Judiciário, para o fim de restabelecer os princípios contratuais e de proteção aos direitos sociais, instaurando-se assim uma crise de efetividade, deslegitimando-o e retirando a sua condição essencial de legalidade.

Também e importante na mesma proporção, reequilibrar o princípio da livre iniciativa em relação ao valor trabalho, considerando que a reforma trabalhista apresentou como seu ponto nodal da prevalência do negociado sobre o legislado, violando o contido no artigo 174 da Constituição Federal, onde estabelece a obrigação do Estado em atuar como agente regulador da atividade econômica.

Finalmente, não se trata apenas da violação ao princípio do acesso à justiça. Trata-se da violação do próprio Estado Democrático de Direito a partir da instauração de uma crise de efetividade, no que se refere aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 07 mar. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2019.

CARELLI. Rodrigo de Lacerda. **O mundo do trabalho e os Direitos Fundamentais:** o Ministério Público do Trabalho e a representação funcional dos trabalhadores. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabis Ed, 2011.

DELGADO, Mauricio Goldinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n.13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Goldinho. **Curso de direito do trabalho**. 14. Ed. São Paulo: LTr, 2015.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria geral do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. São Paulo: RT, 1997.

LOPES, João Batista; LOPES Maria Elizabeth de Castro. Princípio da Efetividade. In: **Princípios processuais civis na Constituição**. Ed. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008.

MACHADO. Marcelo Ferreira. O acesso a justiça laboral: reflexões em torno do ideal de pacificação nas relações do trabalho. **Revista LTr,** São Paulo, v. 80, n 11, p. 1343-1360, 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MATTE, Mauricio de Souza. **Internet:** comércio eletrônico. São Paulo: LTr, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 29. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito.** 27. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUEZ, Américo de Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3. Ed. São Paulo: LTr, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SOUZA. Artur César de. **Das normas fundamentais do Processo Civil:** uma análise luso-brasileira contemporânea. São Paulo: Almedina, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WEFFORT, Francisco Correa. **Os clássicos da política 2**. 11. Ed. São Paulo: Ática, 2006.