

# LINEAMENTOS SOBRE A SUPREMACIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO SEGUNDO A REFORMA TRABALHISTA

Miriam Cipriani Gomes

## INTRODUÇÃO

A Lei que instituiu a Reforma Trabalhista teve a pretensão de colocar em perspectiva um dos princípios mais caros à ordem jurídica brasileira, que é o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ao tentar suprimir da Justiça do Trabalho a prerrogativa de pronunciamento sobre o conteúdo normativo das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Ao inserir um parágrafo terceiro ao artigo oitavo da CLT, pretendeu limitar a atuação da Justiça do Trabalho à análise dos elementos de validade (art. 104 do Código Civil) da convenção coletiva/acordo coletivo de trabalho.

E os idealizadores da Reforma assim fizeram esteados naquilo que denominaram de princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva, privilegiando uma supremacia à liberdade de contratar que nega as razões da gênese e da consolidação do Direito do Trabalho como marco regulatório do trabalho humano,

historicamente marcado pela desigualdade econômica entre os contratantes.

Para o legislador da Reforma, assim, falece à Justiça do Trabalho a possibilidade de declarar de forma incidental a nulidade de cláusula convencional, exceto quando se trate das irregularidades que expressamente elencou em outro dispositivo, quer seja, em um “rol” de ilicitudes inseridas no art. 611-B, desta “nova CLT”, como se estivesse ao seu alcance prever e esgotar todas as possíveis situações de ilegalidades que estes instrumentos podem e poderão vir a conter.

Um exemplo muito simples é capaz de demonstrar o quanto esta iniciativa legal ousa dizer ao juiz “como deve julgar” (SOUTO MAIOR, 2017, p. 41).

Vejam no “rol das ilicitudes” não está inserida a impossibilidade de negociação acerca de garantias individuais. Em um exercício de suposição até caricata poderíamos imaginar uma cláusula convencional fixando o direito de o empregador realizar revista íntima

.....

Miriam Cipriani Gomes

Advogada. Professora de Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Coletivo do Trabalho do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA e da Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESP. Mestre pelo Centro Universitário Curitiba. Doutora pela Universidade Federal do Paraná.

no empregado sem que o Judiciário pudesse pronunciar sua ilicitude desde que presentes os elementos formais de validade.

Pois bem, amarrando o Judiciário ao rol do art. 611-B, de resto, toda e qualquer matéria inserida nesses instrumentos estaria submetida tão somente ao crivo e à mercê da autonomia privada coletiva, não contando mais com as barreiras delineadas pelo princípio protetor, postulado histórico fundamental, mas salvaguardada por outro princípio, estranho à ordem jurídica trabalhista coletiva, o denominado princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva, imposto agora pelo legislador da reforma e desprovido de historicidade e conexão com os primados do trabalho digno e emancipador.

A partir da introdução do § 3º ao artigo 8º e da relação das ilicitudes do art. 611-B é que refletimos acerca da extensão ao princípio da autonomia da vontade privada coletiva e acerca da incidência do novo princípio da intervenção mínima, mormente em um cenário de crise e de desconstrução de conquistas sociais, que intimida o trabalhador na mesa de negociação, premido pela permanência no emprego.

#### **A AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA. LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. INVERSÃO DA RELAÇÃO DE SUPLEMENTARIDADE ENTRE LEGISLADO SOBRE O NEGOCIADO PARA O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO**

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece aos sujeitos da negociação coletiva o direito de criar a norma jurídica através da prática da negociação coletiva, regulamentando as condições de trabalho, fazendo-o

expressamente a partir da Constituição Federal, em seu art. 7º, XXVI.

A Organização Internacional do Trabalho, por sua vez, incentiva a negociação coletiva, entendendo-a como instrumento democrático de realização do Direito. Recomenda a cada país, que, segundo suas características, adote medidas necessárias para o estabelecimento do debate, sem interferência estatal, para alcançar, através do contrato coletivo, a fórmula de regulação das condições de emprego.

A Convenção n. 98, que tem vigência no Brasil por ter sido ratificada em 18.11.1952, sugere a adoção de medidas para o fomento da negociação coletiva<sup>1</sup>, tudo a demonstrar que pela via da pluralidade jurídica, o Estado brasileiro reconhece tanto a autonomia dos sujeitos que a entabulam, quanto a negociação coletiva como fonte de produção de norma jurídica.

O importante é analisar em que medida a vontade pode ser exercida e qual o contorno que o ordenamento jurídico impõe às partes na negociação a partir da Reforma Trabalhista, que inseriu o § 3º ao art. 8º na CLT, pretendendo retirar da Justiça do Trabalho a prerrogativa de se pronunciar sobre o conteúdo das convenções e acordos coletivos, exceto no que pertine aos seus elementos de validade,

1 Convenção n. 98 da Organização Internacional do Trabalho. 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. (SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. 2ª. ed., ampl. e atual.,. São Paulo: LTR, 1998, p. 206).

enaltecendo um princípio desconhecido para o Direito do Trabalho, que denominou de princípio da intervenção mínima na autonomia privada coletiva.

### **AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E O PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA**

A negociação coletiva de trabalho supõe o reconhecimento de uma autonomia de vontade (coletiva), como fonte geradora de regras de direito, que decorre diretamente do pluralismo jurídico, em contraposição à teoria monista, segundo a qual a única fonte de elaboração da norma seria o Estado.

A ordem jurídica reconhece a negociação como instrumento capaz de resolver os conflitos coletivos, internalizando no sistema as convenções e os acordos coletivos que dela resultam, como fontes de regulamentação, lado a lado com outras vias normativas estatais.

A base da negociação coletiva, como instrumento de criação da norma jurídica no regime pluralista, é a autonomia privada coletiva reconhecida aos sujeitos da negociação.

Autonomia é a autodeterminação político-administrativa de que podem gozar, relativamente, grupos (partidos, sindicatos, corporações, cooperativas, entre outros), em relação ao país ou comunidade política dos quais fazem parte<sup>2</sup>.

Sua origem é posterior ao reconhecimento da autonomia privada individual, nascida dos preceitos da Revolução

Francesa e desta decorrente.

Na medida em que o liberalismo proporcionou a tomada de consciência coletiva (SANTOS, 2004) pela omissão do Estado na regulamentação das relações de trabalho; que a Revolução Industrial proporcionou a “resistência coletiva, ao reunir contingentes cada vez maiores de pessoas que trabalhavam jornadas inteiras, seguindo as mesmas regras e vivendo idênticas rotinas” (VIANA, 2001, p. 48) e que os sindicatos obtiveram o reconhecimento como legítimos representantes dos trabalhadores, é que conquistaram o direito de autorregular suas relações.

Esta autonomia privada, de natureza coletiva, reconhecida aos sindicatos, é típica. Encontra-se delineada por lei, sem que esta, contudo, reduza-a a mera concreção ou individuação daquela (SANTOS, 2004).

É, enfim, a faculdade reconhecida pelo Direito positivado a determinados grupos, de, em certa medida, autorregular seus interesses através de negócio jurídico.

No Direito do Trabalho em específico, a autonomia privada coletiva é reconhecida aos sindicatos e às empresas e atua em correlação à ordem estatal.

O exercício da autonomia privada coletiva será mais amplo quando menor for o papel do Estado como órgão regulador das relações de trabalho e, inversamente, será menos amplo quando maior for o papel regulador, desenhando o espaço para as partes coletivas movimentarem-se e exercerem a vontade. Assim, depende quase totalmente da relação que se estabelece entre os instrumentos coletivos e a lei.

Na concepção de Amauri Mascaro Nascimento, estas relações são de exclusividade,

2 Dicionário Brasileiro de Língua Portuguesa. Barsa Planeta Internacional Ltda. 18ª. ed., São Paulo: Quebecor World São Paulo, Melhoramentos. 2001, p. 227

de concorrência ou de complementaridade, tema que diz respeito aos limites da autonomia privada coletiva e que são analisados a seguir.

## LIMITES À NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Os limites para a negociação coletiva de trabalho defluem da coexistência da convenção e do acordo coletivo de trabalho como fonte de regras jurídicas, ao lado da fonte estatal, ambas a regular a mesma relação intersubjetiva – a relação de emprego.

Até que ponto os sujeitos da negociação podem avançar ou a partir de que ponto devem recuar na elaboração da regra, depende, em muito, da ação normativa estatal e de ser seu conteúdo de feição imperativa ou meramente dispositiva.

Amauri Mascaro Nascimento, referindo-se à doutrina de Ignacio Garcia PerreteEscartin, descreve os diversos tipos de relação entre a lei e os convênios coletivos (leia-se convenção e acordo coletivo de trabalho).

Esta relação pode ser de exclusividade, em que a lei reserva às partes da negociação um campo próprio para atuação. Também pode ser uma relação de concorrência, em que a lei e a convenção atuam no mesmo espaço, sendo que às vezes prevalece aquela; às vezes esta. A relação também pode ser de complementaridade, quando a lei remete à negociação a incumbência de regular determinada matéria. Por fim, a relação pode ser de complementaridade, em que há um mínimo de conteúdo na lei estatal, restando à negociação a fixação de condições que representem um *plus* ao trabalhador (NASCIMENTO, 2000).

Pela descrição adotada, constata-

se que prevalecia no Brasil a relação de complementaridade, agora invertida pela supremacia do negociado sobre o legislado e pelo princípio da intervenção mínima..

Fundamenta-se.

O modelo de regulação das relações de trabalho é o de intervencionismo estatal, assentado em um tripé que se perfaz pela legislação minuciosa e imperativa; organização sindical que já possuiu recorte corporativista e solução de conflitos centralizada na Justiça do Trabalho (ROBORTELLA, 2000).

Como meio de amparar o trabalhador como ser humano e fazer prevalecer a justiça social, o Direito do Trabalho se constitui quase que integralmente de normas de ordem pública (SUSSEKIND, 2005), reconhecendo-se, porém, um conteúdo dispositivo, que permite a mobilidade das partes que entabulam a negociação.

O conteúdo de ordem imperativa é institucional e ultrapassa o interesse meramente individual, para se situar no âmbito do interesse coletivo, vinculado ao princípio protetor, espinha dorsal e núcleo do Direito do Trabalho.

A imperatividade de determinadas disposições é a concretização da proteção, sem o que, a aplicação do Direito do Trabalho ficaria a mercê da vontade das partes, gerando insegurança e servindo ao interesse meramente econômico, sem promover qualquer melhoria da condição social do trabalhador.

Pelo conteúdo imperativo mínimo, obtém-se o limite a ser observado na negociação, já que as disposições são inderrogáveis pela vontade das partes, não lhes sendo reconhecido o exercício da autonomia privada coletiva de forma livre e ampla, porque a sua relação com a

norma estatal é de complementaridade<sup>3</sup>.

Salvo no que diz respeito aos dispositivos que a Constituição expressamente previu a possibilidade de modificação pela negociação,<sup>4</sup> não haveria espaço para as partes movimentarem-se. Mas a reforma veio alargar e em muito, a margem para a negociação *in pejus*.

Viana(2001) concebe duas formas de limites à negociação. Sob sua concepção, os limites são negativos e positivos.

Os limites negativos são os que impedem, pela negociação, as conquistas que poderiam ser obtidas pelos trabalhadores. Os limites negativos, “pressiona-os a não resistir – sequer coletivamente – à violação de seus direitos” (VIANA, 2001, p. 56).

Aqui, se expressa a inversão do fenômeno da negociação, com nítido favorecimento não somente da empresa como também da política econômica do Governo.<sup>5</sup>

Os limites positivos são os estabelecidos na própria Constituição Federal, o que significa que as convenções coletivas só “podem ir” até onde a Constituição “expressamente permite” (VIANA, 2001, p. 56)<sup>6</sup>.

Há, na doutrina, consenso em um aspecto. Na negociação coletiva entabulada

perante um sistema jurídico com conteúdo mínimo imperativo, como é o brasileiro, às partes não é reconhecida autonomia para estabelecer condição que lhe seja contrária. A autonomia só é reconhecida para estabelecer condição mais benéfica.

Com a vigência da Reforma Trabalhista este cenário se torna pior, tendo em vista que o legislador pretendeu estabelecer um rol de ilicitudes, bem como pretendeu retirar do Judiciário a possibilidade de pronunciamento sobre eventuais ilegalidades que possam vir a ser fixadas nesses instrumentos, reduzindo o leito normativo sobre o qual se assentava o limite à liberdade e estabelecendo a supremacia das normas coletivas.

### **O PROBLEMA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO. A QUEM INTERESSA A SUPREMACIA DA VONTADE PRIVADA?**

Quando a invasão do conteúdo mínimo se dá pelas disposições contidas em convenção ou acordo coletivo de trabalho, está-se discutindo a supremacia do negociado sobre o legislado.

A defesa da supremacia do negociado sobre o legislado resulta do entendimento de que o trabalho tem um custo significativamente alto e que medidas devem ser implementadas para desonerá-lo, Este discurso, antigo que é, tomou corpo com os idealizadores da Reforma e acabou sendo aprovado, balançando as estruturas do Direito Coletivo e do Direito Individual do Trabalho.

Princípios que resolvem questão de hermenêutica, como o da proteção ou o da norma mais favorável, que expressa uma hierarquia dinâmica entre as fontes formais

3 Para Arnaldo Lopes Sussekind, a relação é de complementaridade à uma base legal cogente. (SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Instituições de Direito do Trabalho**, v. 1, 22ª. ed., São Paulo: LTr, p. 202).

4 Art. 7º VI, XIII e XIV.

5 O exemplo citado pelo autor é o da disposição do art. 623 da CLT, que entrava a negociação de cláusulas econômicas fora dos parâmetros da política governamental. O art. 623 da CLT é de duvidosa compatibilidade com o Plano de Estabilização Econômica de 1994, que instituiu a livre negociação salarial.

6 Mesmo na interpretação da convenção pela teoria do conglobamento não é admissível a derrogação do conteúdo mínimo imperativo.

do Direito do Trabalho (SANTOS, 2009) foram esquecidos em prol de um discurso que argumenta com a valorização da liberdade e da autonomia coletiva que teriam sido negados aos brasileiros.

Ora... liberdade e ausência de regulação em um cenário de desigualdade já foi motivo de espoliação do mais fraco pelo mais forte, o que se traduziu na frase do religioso Henri Lacordaire, ainda no século XIX, em plena época de um Estado negativo, como deixou registrado Norberto Bobbio (BOBBIO, 2000).

É que a sociedade que resultou da conjunção de fatores como a globalização da economia e tecnologias que impactaram profundamente as formas de organização do processo produtivo tem sido marcada pelo discurso da doutrina neoliberal, de que se faz necessária a desconstrução do primado do trabalho, ou, no mínimo, a flexibilização das normas que protegem a relação de emprego<sup>7</sup>.

No cenário atual, a tônica da doutrina que pretende impor a lei do mercado, ajustando a norma à necessidade da realidade econômica é a de tornar menos rígida a norma jurídica trabalhista, com a proeminência do conteúdo negocial sobre o conteúdo legal.

Nada de mais haveria nesta ideia se o negociado representasse sempre a melhoria da condição social do trabalhador, o que, aliás, está expresso no texto constitucional,

7 O Direito do Trabalho clássico, na concepção de Arion Sayão Romita é o da sociedade industrial, que “desenvolveu-se em uma época de prosperidade econômica, caracterizada por certa estabilidade das relações jurídicas. Tem como objeto a relação de trabalho típica, com origem em um contrato livremente celebrado por sujeitos de direitos postos em pé de igualdade formal.” (ROMITA, 2005, p. 389).

particularmente no caput do art. 7º.

O que se denota, contudo, é que o negociado pode adquirir feição prejudicial e derogatória *in pejus* quanto ao mínimo legal, ainda mais quando o legislador ousou relacionar o que constitui ilicitude, utilizando, no texto da lei, a expressão “exclusivamente” para dar ares de rol exaustivo ao conteúdo do art. 611-B da CLT reformada.

As razões pelas quais este conteúdo mínimo, inegociável surgiu e se sustenta parecem vir sendo lentamente esquecidas ou são mesmo desconhecidas por quem sustenta a sua desconstrução com vistas a privilegiar a ordem econômica, sob o conhecido argumento da competitividade e da necessidade de criação de condições favoráveis aos investimentos privados e da manutenção dos empregos existentes.

O discurso que defende a desconstrução do conteúdo mínimo vem em desprestígio à sua principal função, que no ensinamento de Maurício Godinho Delgado é “realizar certo padrão genérico de justiça social, distribuindo a um número significativo de indivíduos (os empregados), em alguma medida, os ganhos do sistema econômico” (DELGADO, 2006, p. 8).

A institucionalização e constitucionalização dos direitos sociais e trabalhistas deram-se em torno da típica relação de emprego, posta em cheque na sociedade pós-industrial, com as novas formas de inserção do trabalhador no processo produtivo.

Não bastassem estas novas formas de inserção do trabalhador, decorrentes da natural evolução tecnológica, as normas de proteção ao trabalho da sociedade pós-industrial vêm sendo sacudidas pela ideia de que é necessário imprimir-lhe nova eficácia, invariavelmente pela

flexibilização ou por uma nova regulamentação. A Constituição Federal de 1988, todavia, contém um contrato mínimo, em que o legislador elencou de forma não exaustiva um rol de direitos abaixo dos quais não se pode conceber trabalho com dignidade e perante o qual não atua a vontade das partes, salvo nas hipóteses que estão ali previstas, de redução salarial e de compensação de jornada. A reforma foi muito além da norma constitucional ao permitir a supremacia da negociação sobre direitos de natureza fundamental.

Para o legislador da reforma a técnica para a invasão deste espaço em que a vontade das partes não poderia atuar será a negociação coletiva de trabalho.

Concebida como instrumento para a melhoria da condição social do trabalhador, poderá, ao fundamento de sua supremacia sobre a lei representar a perda de conquistas históricas e a violação de direitos fundamentais consagrados em 1988.

Coloca-se em discussão se o negociado sobre o legislado pode ultrapassar as barreiras de contenção constituídas pelo mínimo essencial idealizado pelo legislador constituinte.

A primeira observação a ser feita é a de que não se pode conceber este conteúdo mínimo como um compartimento estanque e desagregado de outros ramos do Direito e das ciências, como a economia, a política e a sociologia.

A segunda observação é refletir até que ponto este conteúdo pode ser transformado a ponto de permitir servir aos interesses econômicos, tendo em vista o reconhecimento de que foi pela sua rigidez que as economias capitalistas alcançaram certa função social.

A questão que se coloca é exatamente

a de encontrar o limite para o exercício da autonomia da vontade, a partir da constatação de que somente através de uma rede de proteção foi possível alçar o mais fraco ao patamar em que já se encontrava a outra parte da relação jurídica laboral, consolidando a igualdade material.

A fase de institucionalização do Direito do Trabalho e, por consequência, da obrigação de se observar determinadas normas, coincidiu com o início do Estado do Bem Estar Social, que nasceu como reflexo da falência dos princípios liberais, a partir da valorização da pessoa e do trabalho, da justiça social e do bem estar da coletividade, numa sociedade essencialmente capitalista.

Na concepção de BONAVIDES (1996, p. 186) é o “Estado de todas as classes”, que se fixa e sustenta para “superar a contradição entre a igualdade política e desigualdade social”.

O Estado Social nasceu, também, mas não só, como reação ao Estado Liberal, representando a derrota da burguesia dominante, através da repartição do controle e da riqueza com as demais classes sociais, o que significou, para os trabalhadores, a valorização do trabalho e da pessoa que o presta.

Maurício Godinho Delgado (2006) observa que a proteção dispensada ao trabalhador mostrou-se em absoluta sintonia com o modo capitalista de organização da economia, fazendo menção aos países nórdicos, que, sem abandonar o Estado Social, não perderam competitividade internacional, em contraponto ao argumento comumente utilizado pelo neoliberalismo e, agora, pelo legislador da reforma.

O Estado Social, contudo, passou a ser duramente criticado, sob o argumento de que

a revolução tecnológica e as novas formas de gestão empresarial tornaram-no obsoleto. O contexto passou a ser o da desvalorização do trabalho e do emprego e de crítica à forma pela qual o Estado e a sociedade se organizavam.

Ganhou corpo a doutrina neoliberal, defendendo o encolhimento do Estado, com a prevalência do mercado. A proposta era a de fazer desaparecer o papel do Estado como redutor das desigualdades, com a projeção do mercado como meio regulatório, inclusive das relações de trabalho.

Isto porque, para o mercado, interessa garantir a competitividade e o lucro ao menor custo possível e este conteúdo mínimo é visto como encargo, como ônus e como passivo, como leciona José Affonso Dallegrave Neto (2003), narrando que para o ideário neoliberal os direitos trabalhistas e sociais são vistos sob uma ótica estritamente econômica, significando encargo social, custo, passivo trabalhista, um estorvo para a maior lucratividade da empresa.

A diminuição do papel do Estado pela aderência ao neoliberalismo implica no desvanecimento do espaço público e sua substituição pela economia de mercado. Prevalecendo a economia como marco regulatório na sociedade, algumas características do Estado do Bem Estar Social sofreram profundas transformações, sempre em desfavor da centralidade do trabalho e do emprego e, por consequência, dos direitos sociais antes conquistados, o que se concretizou com a aprovação da Reforma Trabalhista.

O fato é que os trabalhadores vêm sofrendo o impacto pela atuação do poder econômico, que pouco a pouco tomou o espaço que, historicamente, era reservado à norma jurídica protetora, e que agora consagrou a

autonomia da vontade, ao mesmo tempo em que pretendeu excluir da Justiça do Trabalho o exercício da jurisdição, individual ou metaindividual.

### **A REFORMA POR LEI ORDINÁRIA QUE TENTA DERROGAR NORMA CONSTITUCIONAL QUE FIXA GARANTIA FUNDAMENTAL**

Uma das mais importantes garantias fixadas no texto constitucional é a inafastabilidade da jurisdição, contida no art, 5º, XXXV, in fine,

*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.*

O legislador da reforma, alheio ao princípio, tentou excluir da apreciação da Justiça do Trabalho a possibilidade de manifestação sobre o conteúdo normativo das convenções e acordos coletivos, exceto quanto ao que listou como objeto ilícito, no “rol das ilicitudes” contido no art. 611 – B, CLT. Transcrevemos:

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

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

*II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;*

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

*IV – salário mínimo;*

*V – valor nominal do décimo terceiro salário;*

*VI – remuneração do trabalho noturno*

superior à do diurno;  
 VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;  
 VIII – salário-família;  
 IX – repouso semanal remunerado;  
 X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50%(cinquenta por cento) à do normal;  
 XI – número de dias de férias devidas ao empregado;  
 XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;  
 XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;  
 XIV – licença paternidade nos termos fixados em lei;  
 XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;  
 XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;  
 XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;  
 XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;  
 XIX – aposentadoria;  
 XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;  
 XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;  
 XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;  
 XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de

dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;  
 XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;  
 XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;  
 XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;  
 XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;  
 XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;  
 XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;  
 XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.  
 Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Temas como jornada de trabalho, sistemas de compensação, enquadramento do adicional de insalubridade, remuneração por produtividade, fixação de dia para fruição do feriado e intervalo intrajornada, por outro lado, estarão à mercê da autonomia da vontade, excluídos que foram do “rol de ilicitudes” e do crivo balizador da Justiça do Trabalho pela novel

disposição do art. 8º, § 3º da CLT.

É necessário nesse momento, então, pesquisar se um princípio constitucional, como é o princípio da inafastabilidade da jurisdição pode ser derogado por norma infraconstitucional, porque somente assim seria sustentável a intenção reformista de suprimir do Judiciário a apreciação do conteúdo normativo que não tenha sido relacionado como ilícito e, por consequência, admitir o ingresso no ordenamento jurídico de normas não estatais de duvidosa validade, no sentido que lhe dá Ferraz Junior (1999), de estabilidade com o conjunto normativo.

Do ponto de vista da hierarquia estática entre as normas, que funciona como critério de apuração de sua validade, mas não como critério de aplicação, ante ao princípio da norma mais favorável, a norma inferior encontra seu fundamento de validade naquela que lhe é superior, em um sistema escalonado kelseniano.

O critério de aferição de validade das normas também é, no Direito do Trabalho, o da hierarquia rígida ou estática. Para a apuração da validade, assim, é necessário responder de modo afirmativo a três perguntas: (i) A norma emana de um órgão competente? (ii) Este órgão tem competência na matéria? (iii) O poder (legislativo) foi exercido segundo as exigências legais? (REALE, 2003).

Das três questões, duas podem de imediato ser respondidas de modo negativo, o que é suficiente para a invalidade da disposição do art. 8º, § 3º. Nenhuma das casas legislativas, nem Câmara e nem Senado possuem competência para suprimir garantias fundamentais, que sequer podem ser objeto de emenda constitucional por se tratarem de cláusulas pétreas, assim idealizadas pelo

legislador constituinte no art. 60, § 4º da Constituição Federal.

Ao tentar retirar do Judiciário a prerrogativa de apreciação de lesão ou ameaça a direito, a Reforma reveste-se de flagrante inconstitucionalidade e nega eficácia a garantia fundamental, como se o Poder Legislativo não estivesse vinculado, em sua atuação, aos direitos fundamentais, consolidados, em um primeiro momento, exatamente como medida de proteção contra os abusos do Estado.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consideramos que a Justiça do Trabalho tem a prerrogativa de se pronunciar sobre a ilicitude ou licitude de quaisquer cláusulas constantes de convenção coletiva e de acordo coletivo de trabalho que lhe sejam submetidos em feitos de sua competência ante ao princípio da inafastabilidade da jurisdição contido no texto constitucional, a salvo de qualquer tentativa de alteração, inclusive por emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea.

A lei que instituiu a reforma, sob nossa ótica é, portanto inválida porque não encontra seu fundamento na norma superior.

Entendemos que o princípio da intervenção mínima na autonomia privada não elimina os limites para o seu exercício e que não cabe ao legislador ditar um rol de ilicitudes de forma exaustivo, fora do qual todos os demais temas concernentes à regulação do contrato de trabalho estariam a mercê da vontade privada, ainda mais em um cenário de desequilíbrio econômico e de desigualdade jurídica.

A supremacia da liberdade de contratar que justificaria a prevalência do negociado sobre o legislado é uma ficção inaceitável

no plano das relações de emprego, que conduzirá, de forma inevitável, à inclusão de cláusulas convencionais violadoras de direitos historicamente conquistados e sobre as quais o Judiciário deverá se pronunciar quando provocado.

Entendemos, por fim, que o negociado sobre o legislado só tem primazia quando atende aos designios constitucionais de melhoria da condição social do trabalhador, nos termos do disposto pelo art. 7º, expressão do princípio da vedação do retrocesso social, que o legislador tentou agora revogar, porém, invalidamente.

## REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 6ª.ed., 1996.
- CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito**. Lisboa: CalousteGulbenkian, 1996.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Direito do trabalho contemporâneo: flexibilização e efetividade**. São Paulo: LTr, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Direito do trabalho e inclusão social: o desafio brasileiro**. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, vol. 15, Nov/dez 2006.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Teoria da Norma Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NASCIMENTO. Amauri Mascaro. O Debate sobre a Negociação Coletiva. **Revista LTr**, vo. 64, n. 09, setembro de 2000, São Paulo: LTr, 2000,
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROBORTELLA, Luis Carlos Amorim. Previsão da Negociação Coletiva sobre a Lei. **Revista LTr**,
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais das Relações de Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.
- SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direitos Humanos na Negociação Coletiva: Teoria e prática jurisprudencial**. São Paulo: LTr, 2004.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Teoria das Normas Coletivas**. São Paulo: LTr, 2009.
- SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**. 2ª. ed., ampl. e atual.,. São Paulo: LTr, 1998.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22ª. ed.ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2005.
- VIANA, Márcio Túlio. O Novo Papel das Convenções Coletivas de Trabalho: Limites, Riscos e Desafios. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**. Vol. 67, n. 3, jul-set 2001, Porto Alegre: Sintese, 2001.