

A AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E O ESPÍRITO DA REFORMA TRABALHISTA

Diego Siqueira Rebelo Vale¹

RESUMO: O objeto do presente artigo é o estudo da autonomia da vontade nas relações de trabalho. Em um primeiro momento, analisaremos se o atual regime jurídico das relações de trabalho permite, ainda, que falemos de autonomia da vontade, ou se elas são reguladas inteiramente por normas legais. Em segundo lugar, investigaremos as bases do Direito Coletivo do Trabalho e o papel em que se insere a autonomia da vontade neste âmbito específico do Direito do Trabalho. Por fim, examinaremos algumas disposições da polêmica Lei nº 13.467/2017 concernentes ao objeto de estudo para verificar qual é o espírito subjacente às alterações legislativas operadas.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia da Vontade, Direito do Trabalho, Reforma Trabalhista

RESUMO: The aim of the presente article is to study the autonomy of the free will in the context of labour relations. Firstly, we will analyse whether the existing legal regime of labour relations allows for us to still speak on “autonomy of the will” or if the subject is entirely regulated by legal norms. Furthermore, the basis of Brazilian Collective Labour Law will be investigated in order to assert the role which the autonomy of the will plays on this specific branch of Labour Law. Finally, some legal rules of the controversial Law number 13.467 of 2017 will be examined so that we are able to identify which is the underlying spirit of the recent legal changes.

KEYWORDS: Autonomy of the free will, Brazilian Labour Law, Reform of Brazilian Labour Law

¹ Advogado. Pós-graduando em Direito Material e Processual do Trabalho pela UNAMA – Universidade da Amazônia. Bacharel em Direito pelo CESUPA – Centro Universitário do Pará.

A AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM GERAL

Na medida em que é possível se falar em um *contrato de trabalho*, a questão da *autonomia da vontade* se fará sempre presente, em maior ou menor medida, no Direito do Trabalho.

Com efeito, a autonomia da vontade é o princípio mais fundamental da teoria geral dos contratos. Com base nele, é possível afirmar que as partes se obrigam *voluntariamente* a prestações recíprocas. A *autonomia* significa que o contrato faz *lei* entre as partes, daí o brocardo latino *pacta sunt servanda*. *Auto nomos*, os contratantes são capazes de dispor livremente de seus próprios interesses, o que os torna, por conseguinte *livres para se vincular*.

O contrato obriga justamente porque a vontade é autônoma: *a vontade é obrigada a seguir uma norma que ela pôs a si mesma*. Caso contrário, não seria vontade, e sim simples arbítrio. Neste sentido, é possível falar da *força obrigatória dos contratos*. Em linhas gerais, esse é o fundamento básico da autonomia da vontade nas relações em que são discutidos direitos disponíveis.

Contudo, o contrato de trabalho é um tipo muito especial de contrato, em razão de diversos motivos. Em primeiro lugar, segundo Maurício Godinho Delgado, trata-se da “modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos”², desde que as relações de escravidão passaram a ser oficialmente banidas pelos ordenamentos jurídicos em âmbito mundial.

Em segundo lugar, pela especial proteção que se dá à figura de um dos participantes desta relação, a dizer, o empregado, titular de uma pletora de direitos indisponíveis, cuja hipossuficiência atualmente é mais do que um princípio, já é um dogma.

Finalmente, em razão da condição de fragilidade do empregado em relação ao empregador, pela existência de uma ampla normatividade que tutela os seus direitos, leis, construções jurisprudenciais, súmulas, convenções coletivas e sentenças normativas, o que dá uma faceta *quase pública* ao contrato de trabalho.

Não há figura mais emblemática dos fundamentos filosóficos do regime especial do contrato de trabalho do que o aforismo de Lacordaire, segundo o qual *entre os fortes e os fracos, entre ricos e pobres, entre o senhor e o servo, é a liberdade que oprime e a lei que liberta*. O princípio da proteção, portanto, seria o fator de equilíbrio de forças na relação entre desiguais,

² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora LTr, 12ª Edição, São Paulo, p. 278.

patrão e empregado, o que diminuiria significativamente a incidência da autonomia da vontade sobre as relações de trabalho.

Neste momento, surge o seguinte questionamento: se a proteção ao hipossuficiente é o mecanismo de balanceamento da relação desnivelada entre empregado e empregador, o qual consiste na redução do âmbito em que é possível a livre manifestação de vontade do obreiro, ainda seria possível dizer que o contrato de trabalho seria, de fato, um *contrato*?

Ora, segundo o artigo 442 da CLT, o contrato de trabalho é o acordo, tácito ou expresso, correspondente à *relação de emprego*. Que a relação de emprego seja a base a partir de onde se constrói todo o edifício do Direito do Trabalho, isto está fora de questão. Desse modo, a relação de emprego está para o Direito do Trabalho assim como a relação entre o contribuinte e o Fisco está para o Direito Tributário. A relação de emprego é, portanto, o *primeiro motor* desta disciplina jurídica especializada.

O que está, certamente, em questão é saber se é possível falar em *acordo* e em que medida a *vontade* do empregado e do empregador se ajustam para compor o que chamamos de contrato de trabalho. Este é o objeto de nosso estudo.

Quando tratamos de normas de medicina e segurança do trabalho, principalmente, há praticamente nenhum espaço para qualquer ajuste, de modo que as situações fáticas ou se amoldam à norma jurídica, ou serão alvo da vigorosa correção pelo Poder Judiciário.

Mais evidente fica a contradição quando vemos que, embora a negociação coletiva esteja legitimamente autorizada a ajustar as cláusulas de determinada categoria, teorias como a do conglobamento mitigado ou princípios como o da inalterabilidade contratual lesiva, da condição mais benéfica e da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas impedem a alteração conforme o ajustado, resultando num apagamento da autonomia da vontade, mesmo entre entes coletivos.

O que se percebe, nestes casos, é a forte incidência de normas imperativas advindas das mais diversas fontes, desde a nossa Carta Magna, a qual prevê, em seu elenco de direitos e garantias fundamentais, uma gama de direitos sociais pertinentes à relação de trabalho, passando pelas leis federais, pelos regulamentos do Ministério do Trabalho e as sentenças normativas da Justiça do Trabalho.

Dessa maneira, fica claro que, quase em sua totalidade, as relações de trabalho são reguladas por normas *heterônomas*, quer dizer, advindas não da vontade das partes, mas sim produzidas pelo Estado, seja por meio de sua atividade legislativa, pelo poder decisório dos Juízes, ou pela regulamentação de órgãos do Poder Executivo. Ademais, há uma forte resistência quando se pretende aplicar normas ajustadas individualmente em lugar do disposto

em fontes estatais, dificilmente encontrando os acordos específicos guardada pelas autoridades públicas.

Seria apropriado, então, tratar de autonomia da vontade nas relações de emprego? Este questionamento cindiu os estudiosos que se debruçaram sobre a disciplina jurídica das relações trabalhistas em dois grandes grupos. De um lado, os não contratualistas, estatutários ou acontratualistas, para quem a vontade não exerce qualquer papel relevante para a caracterização da relação de emprego e seus efeitos. Dividem-se, por sua vez, em teorias anti-contratualistas radicais e moderadas.

Entre as radicais, estão compreendidas as teorias da inserção, segundo a qual, a partir do momento em que o empregado ingressa na empresa, ele se *insere* em sua estrutura organizacional, assumindo todas as condições de trabalho que lhe forem impostas³, e da ocupação, ainda mais radical, para a qual basta que o trabalhador *ocupe* um posto dentro da empresa para que esteja configurada a relação de trabalho, prescindindo-se de todo consentimento e da bilateralidade⁴.

No grupo das moderadas, estão a teoria da instituição ou institucionalismo, para a qual a relação de trabalho é marcada pelo signo da autoridade, da diferenciação e da hierarquia, pelo que não se poderia considera-la uma relação tipicamente contratual, regida pela igualdade e liberdade de vinculação⁵; a teoria do ato-condição, que compreende a relação de trabalho enquanto regime jurídico ao qual o trabalhador simplesmente *adere* ao prestar serviços à empresa ou à pessoa jurídica, não cabendo a ele discutir as condições em que esta se dará⁶; e, finalmente, a teoria do contrato-realidade, que sustenta ser o trabalho um *dever social* e que, por conseguinte, o trabalhador se *incorporaria* à empresa, sendo despidendo a aceitação efetiva das condições em que o trabalho se dará⁷.

Todas essas teorias possuem em comum a consideração de que a vontade do trabalhador tem pouca ou nenhuma importância para a obrigatoriedade das cláusulas ou condições de trabalho, isto é, todas elas eliminam ou restringem o poder de influência que o empregado tem sobre a estipulação dos direitos e obrigações pertinentes à relação. No entanto,

³ ROMITA, Arion Sayão. *A formação do contrato de trabalho*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, vol. 49, n. 97, Julho/Dezembro, 2016, p. 116.

⁴ Idem, p. 117.

⁵ Ibidem, p. 119.

⁶ Ibidem, p. 123.

⁷ Ibidem, p. 124-5.

todas elas pressupõem *pelo menos um ato volitivo* por parte do trabalhador, a dizer, precisamente a sua *inserção, ocupação, incorporação* ou *adesão* às condições de trabalho⁸.

Isto significa que, por mais que o trabalhador não tenha liberdade para discutir os termos em que a relação de trabalho se concretizará, ainda assim não se lhe pode negar a liberdade para aceitar ou não os termos que lhe são oferecidos. Por minúscula que seja esta liberdade, nunca será possível diluí-la por completo, pois o obreiro nunca é *obrigado a trabalhar*. Se ele deixar de trabalhar, arcará, certamente, com os ônus de sua escolha – mas jamais será *forçado* a trabalhar.

Não se lhe pode negar, tampouco, o direito de se desvincular da relação de trabalho, pedindo demissão. Portanto, o obreiro, na relação de trabalho, possuirá sempre, pelo menos, dois direitos ou liberdades básicas: o de se obrigar e o de se desobrigar.

É nessas bases que surge a distinção entre *liberdade contratual* e *liberdade para contratar*. A primeira, na grande maioria das relações de trabalho, faz-se totalmente inexistente, pois ao trabalhador não é dado discutir os termos de sua contratação. Admite-se, no entanto, a existência de graus, como se verá adiante.

Já a segunda, a qual consiste no *aceite mínimo* do contrato, na sua *adesão, incorporação, inserção* ou *ocupação*, nunca deixará de existir, uma vez que o ordenamento jurídico veda o trabalho escravo, punindo-o severamente. Haverá sempre a presença, ainda que *residual*, de uma manifestação de vontade da parte do trabalhador. Assim, a autonomia da vontade do empregado reside neste *pêndulo entre a liberdade contratual e a liberdade para contratar*. Estes são os seus dois limites mínimos.

Por outro lado, não há como se admitir, exceto em algumas situações transitórias, como garantias empregatícias, que o empregador esteja de alguma forma *obrigado* a aceitar ou a manter o empregado em seu quadro de funcionários. Desse modo, deve-se pressupor, também, pelo menos o *aceite* do empregador, de sorte que se consuma o encontro entre as vontades das partes, originando o que se conhece por contrato de trabalho.

Em razão disso, as teorias não contratualistas possuem uma importância meramente acadêmica, uma vez que é impossível negar o seguinte fato da vida: o de que a relação empregatícia possui natureza eminentemente contratual. Como anteriormente delineado, as

⁸ ROMITA, op. cit., p. 128. Os partidários da corrente estatutária, ao contestarem a existência da manifestação da vontade das partes na formação da relação do trabalho, esquecem que o ato de inserção do trabalhador no organismo da empresa é a expressão concreta do consentimento dele, empregado, em se inserir e, do empregador, em aceitar aquele empregado em sua empresa”.

limitações à liberdade contratual não são capazes de afastar a evidência incontestável deste fato primário⁹.

A AUTONOMIA DA VONTADE SOB O PONTO DE VISTA DO DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

A autonomia da vontade nas relações de trabalho também pode ser pensada do ponto de vista do Direito Coletivo do Trabalho. Na história do Direito do Trabalho, o trabalhador, isoladamente hipossuficiente, descobriu que, em solidariedade com seus colegas de ofício, poderia mais facilmente ser ouvido pelo patrão.

Desse modo, aquela relação individual entre patrão e obreiro, na qual operava a mais flagrante desigualdade, poderia ser remediada pela organização em conjunto dos interesses de uma categoria de trabalhadores. Em grupo, os trabalhadores tinham diante de si meios mais eficazes de negociar a melhoria de suas condições de trabalho, notadamente a greve, a qual só pode ser organizada por uma coletividade articulada. Assim, nasceu um ente coletivo com a função de representar os trabalhadores de determinada empresa ou categoria: o sindicato.

Seguindo essa linha de raciocínio, o sindicato seria capaz de negociar, agora em pé de igualdade, seja diretamente com as empresas, seja com as entidades patronais, traduzindo-se, da forma mais plena, uma vontade livre e autônoma nas relações de trabalho. Estas negociações dariam origem a normas jurídicas autônomas, acordos ou convenções coletivas, respectivamente, as quais traduziriam efetivamente o melhor interesse de uma categoria, pois agora as partes estariam em condições simétricas.

A nosso ver, contudo, não podemos concordar com tal argumentação. Em primeiro lugar, porque a expressão *vontade coletiva* não passa de uma *ficção* conceitual. Ora, só é possível afirmar que uma norma oriunda de negociação coletiva é *autônoma* no mesmo fraco sentido em que se diz que uma *lei é autônoma*.

Diante da crise de representatividade já há muitos anos instalada no país, ainda seria possível acreditar que os representantes do povo no Poder legislam em nome do interesse público ou geral e não em nome de seus próprios interesses? Em razão disto, parece muito evidente que uma lei, promulgada pelos representantes do povo no Congresso Nacional, possui

⁹ ROMITA, op. cit., p. 128. “Se o indivíduo não pode ser estrangido ao trabalho; se o trabalho, apesar de dever social, não constitui obrigação para ninguém; se ninguém pode ser coagido a dar trabalho a outrem, é lógico que a formação da relação de trabalho exige a manifestação do consentimento das partes”.

nítido caráter *heterônomo*, e não autônomo, uma vez que está cada vez mais difícil *suspender a descrença* na legitimidade política dos representantes.

A mesma crise de representatividade assola os sindicatos, os quais são muitas vezes desarticulados, ineficazes na obtenção de melhores condições de trabalho, mais preocupados em arrecadar suas receitas do que em atender aos interesses da categoria que representam. Ademais, quando *bem-sucedidas*, as negociações coletivas são, no mais das vezes, inexpressivas, garantindo direitos *já tutelados por disposição expressa de lei*, ou em patamar levemente superior. Por conseguinte, as normas coletivas possuem, a nosso ver, nítido caráter *heterogêneo*, não se podendo postular, a não ser ficticiamente, a existência de uma *vontade* coletiva em sentido próprio.

A despeito disso, a doutrina cria toda uma sistemática específica do Direito Coletivo do Trabalho, com princípios e regras próprias, pelo que ele parece assumir uma condição de relativa autonomia enquanto disciplina jurídica. Estes princípios e regras, ao contrário do que ocorre nas relações individuais de trabalho, são pensados não para equilibrar partes faticamente desiguais, mas sim partindo do pressuposto de que os sindicatos e as empresas já estão em posição de paridade de armas ou, pelo menos, em um equilíbrio estável de forças.

Assim ocorre com o princípio da equivalência dos contratantes coletivos. Segundo este princípio, tanto o sindicato da categoria profissional quanto o da categoria econômica são *entes coletivos* e, portanto, devem receber igualdade de tratamento pela lei. Além disso, ambos os entes coletivos possuem *instrumentos eficazes de atuação e pressão*¹⁰, cada um a seu modo, o que reduz “a disparidade lancinante que separa o trabalhador, como indivíduo, do empresário”¹¹.

Dessa forma, não haveria necessidade de um estatuto legal que equilibrasse as partes. Com efeito, o sindicato patronal dispõe dos instrumentos que o detentor do capital naturalmente possui. Já o sindicato obreiro possui ferramentas como garantias de emprego, prerrogativas, mobilização e pressão social, além da greve, das quais não pode dispor o trabalhador, isolada e individualmente.

Outro princípio diretamente relacionado ao anterior é o da lealdade e da transparência na negociação coletiva. Percebe-se, de imediato, que o princípio é de natureza genérica, aplicável a todas as modalidades contratuais, e não apenas às relações coletivas. A lealdade implica em um dever de lisura negocial¹² imposto a ambas as partes.

¹⁰ DELGADO, op. cit., p. 1352.

¹¹ Idem.

¹² Ibidem, p. 1355.

Em conjunto, a lealdade e transparência traduzem dois aspectos do princípio da boa-fé objetiva, a qual deve ser observada também nas negociações coletivas. No entanto, em se tratando de negociação entre entes representativos de coletividades, esses deveres assumem maior gravidade, pois os instrumentos coletivos que resultarão dos ajustes regularão a vida de toda uma comunidade de representados¹³.

Um aspecto importante das normas jurídicas criadas pelas negociações coletivas é que elas *não estão impedidas de inovar o ordenamento jurídico*. Segundo Delgado¹⁴, as normas coletivas são regidas por dois princípios: o da criatividade jurídica e o da adequação setorial. Pelo princípio da criatividade jurídica

a regra coletiva negociada que instituir vantagem trabalhista efetivamente nova, não tipificada ou regulada por regra heterônoma estatal, pode moldar e reger a estrutura e os efeitos jurídicos da parcela instituída, ainda que restringindo suas potenciais repercussões nos contratos de trabalho¹⁵

A criatividade jurídica só encontra limites em direitos sociais reconhecidamente componentes daquilo que se convencionou a chamar de *patamar civilizatório mínimo*, muito embora não se saiba dizer até onde exatamente estão traçadas as suas fronteiras. No entanto, é possível dizer, com certeza, que normas como as de medicina e segurança do trabalho estão abrangidas por este conceito, de modo que, por exemplo, não se admitiria norma coletiva que suprimisse totalmente os intervalos para repouso e alimentação instituídos por lei¹⁶.

De outra banda, o princípio da adequação setorial possibilita que as normas coletivas negociadas possam se sobrepor às normas legais dentro dos limites da categoria econômico-profissional pertinente, desde que implementem um padrão superior de direitos e que tratem de direitos trabalhistas de disponibilidade relativa¹⁷.

Nota-se desde já que o âmbito em que é permitido às normas coletivas prevalecerem sobre o previsto em lei é bastante restrito – se considerarmos que a maioria absoluta dos direitos trabalhista está prevista no texto constitucional, inseridos no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, o número de “direitos trabalhistas disponíveis” é, com efeito, muito limitado. Também não ajuda o fato de que a doutrina e a jurisprudência tendem a alargar o rol de direitos indisponíveis, com base no texto do *caput* do artigo 7º de nossa Carta Magna (“*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”). Em obra clássica, Américo Plá Rodriguez já

¹³ DELGADO, op. cit., p. 1355.

¹⁴ Idem, p. 1356.

¹⁵ Ibidem, p. 1357.

¹⁶ Ibidem, p. 1358.

¹⁷ Ibidem, p. 1359.

havia atentado para os efeitos paralisadores da aplicação excessivamente rigorosa do princípio da condição mais benéfica:

a aplicação de um critério rigoroso nesta matéria pode ocasionar dois tipos de inconvenientes: a) econômicos, os quais podem significar um encargo muito pesado para a empresa, que pode não estar em condições de suportar definitivamente o peso desse encargo, determinando seu fracasso e sua ruína, com todas as consequências que podem ser imaginadas; b) psicológicos, sabendo-se que pode constituir fator de retração para a outorga de outras vantagens ou benefícios o fato de que qualquer vantagem que se outorgue, mesmo transitória, deve converter-se em inalterável¹⁸

Acresça-se a circunstância de que, atualmente, o empresariado brasileiro já encontra dificuldades o suficiente para manter os direitos mais básicos de seus empregados já previstos na Constituição Federal de 1988 e o resultado é, obviamente, que não há espaço para conquistas contundentes pelos acordos e convenções coletivas.

Com isso, estes instrumentos coletivos devem se contentar com o reduzido papel de fazer reconhecer, de fato, direitos já garantidos por lei ou pelo próprio texto constitucional.

A AUTONOMIA DA VONTADE NAS RELAÇÕES DE TRABALHO SOB O SIGNO DA REFORMA TRABALHISTA

A chamada reforma trabalhista, promovida em 2017 pela promulgação, principalmente, das Leis nº 13.467 e 13.429, provocou grande comoção quando de suas discussões até o presente momento, quando está prestes a vigorar no país. Do ponto de vista do presente trabalho, procederemos à análise das disposições concernentes à autonomia da vontade, com o intuito de examinar quais seriam as implicações subjacentes às normas sobre o objeto de pesquisa.

Assim, analisaremos a seguir algumas das disposições que possam demonstrar que tipo de autonomia da vontade está contido na nova legislação. Em primeiro lugar, apontamos a nova redação do § 3º do artigo 614 da Consolidação das Leis do Trabalho:

Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade

Por óbvio, a norma é uma reação direta ao enunciado de Súmula nº 277 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual ainda diz que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou

¹⁸ RODRIGUEZ, Américo Plá, *Princípios de Direito do Trabalho*. Editora LTr, 3ª Edição fac-similada, São Paulo, 2015, p. 139.

convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”.

A pretensão da norma é, naturalmente, dar fim ao efeito jurídico de incorporação das normas mais benéficas ao trabalhador ao patrimônio de direitos deste, estipulando um limite temporal para a vigência das cláusulas de instrumento coletivo.

Segundo Vólia Bomfim Cassar, a disposição ofende o princípio da prevalência da norma mais favorável ao empregado¹⁹. No entanto, a nosso ver, a norma privilegia a autonomia da vontade nas relações de trabalho, não permitindo que cláusulas garantidas por instrumento coletivo cuja vigência tenha expirado ainda produza efeitos jurídicos.

Com efeito, a interpretação excessivamente rigorosa do princípio da condição mais benéfica ou da prevalência da norma mais favorável produz resultados bizarros do ponto de vista da dogmática jurídica, pois torna possível que uma norma prevista em acordo coletivo de trabalho assumam um caráter mais vigoroso que o de uma lei ou da própria Constituição.

Ora, é uma *contradictio in adjecto* que uma norma seja ao mesmo tempo destinada a ter vigência temporária e se incorpore em definitivo ao patrimônio jurídico do seu destinatário. Desse modo, não é preciso se escandalizar com a previsão contida no § 3º do artigo 614 da CLT, uma vez que ela tenta gerar apenas maior segurança jurídica acerca da vigência, eficácia e do vigor das normas previstas em convenção ou acordo coletivo.

Por outro lado, no âmbito do direito individual do trabalho, surgiu uma regra bastante curiosa na nova redação do parágrafo único do artigo 444 da CLT. Anteriormente, já se pode fazer menção à possibilidade de diferenciação em graus da autonomia da vontade. Com base nisso, é possível traçar ao menos três graus de diferenciação da autonomia da vontade nas relações de trabalho com base na maior ou na menor necessidade de intervenção de normas e princípios imperativas sobre a vontade das partes.

Em um grau mínimo, pode-se enquadrar as relações mais desequilibradas, em que a dependência do empregador e do posto de trabalho pelo empregado é muito maior. Por conseguinte, o espaço reservado à autonomia para negociação é o mais restrito, pois se presume que o trabalhador aceitará qualquer imposição que o patrão lhe faça, uma vez que necessita do emprego. Neste sentido, as normas de ordem pública previstas em lei ou na Carta Magna devem prevalecer sobre qualquer ajuste individual, uma vez que a hipossuficiência do trabalhador é incontestável.

¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim, p. 7.

Em seguida, é possível traçar o grau médio, no qual se enquadram as relações em que é tolerável algum nível de negociação, quando a relação de dependência é menor e as partes se encontram em uma posição de igualdade. No entanto, os direitos constitucionais e legais mínimos permanecem irrenunciáveis, persistindo, em todo o caso, a vedação ao retrocesso social insculpida no *caput* do artigo 7º da Carta Magna.

Finalmente, já é possível visualizar, na prática, situações enquadráveis em um alto grau de autonomia da vontade, em que é permitida uma ampla liberdade para negociação entre as partes. Isto ocorre com empregados altamente qualificados, consagrados no mercado do trabalho, pelos quais competem as empresas do ramo da atividade comercial. Neste sentido, é possível deslocar até mesmo a dependência para o lado do empregador, ousando-se dizer, em um certo sentido, que é a *empresa quem depende do empregado*. Com isso, a liberdade negocial entre as partes é plena, razão pela qual a incidência do princípio da proteção é quase que totalmente afastada.

Neste último grau se encaixa perfeitamente a norma do novo parágrafo único do artigo 444 da CLT, transcrito a seguir:

A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social

Atualmente, o limite máximo ou teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social é R\$ 5.531,31. O texto legal fala expressamente em *salário mensal*, o que parece afastar a dúvida a respeito do parâmetro para identificação do valor: não será a remuneração do empregado considerada para fins de subsunção à norma, e sim o seu salário base. Em segundo lugar, trata-se de requisitos cumulativos – o empregado precisa receber salário igual ou superior ao teto do RGPS e possuir diploma de nível superior.

Desse modo, caso o empregado seja portador de diploma de conclusão de ensino superior e receba *salário* igual ou superior a R\$ 11.062,62, as cláusulas que eventualmente negociar terão força de lei entre as partes e preponderância sobre as convenções e os acordos coletivos. A norma pressupõe que os portadores de diploma de nível superior que recebam salário nesse patamar possuam maior capacidade para consentimento.

Além disso, nas mesmas circunstâncias expostas acima, o trabalhador poderá assumir um compromisso de arbitragem com seu empregador, desde que por sua própria iniciativa ou com sua concordância expressa, segundo os termos do artigo 507-A. Vólia Bomfim Cassar se

opõe veementemente à transação por arbitragem, pois entende que a arbitragem só é aplicável a conflitos pertinentes a direitos patrimoniais disponíveis, e os direitos do trabalhador são direitos sociais de ordem constitucional e, por conseguinte, indisponíveis²⁰.

Por fim, vê-se que o critério para a aferição do nível de autonomia da vontade do trabalhador é nitidamente censitarista, o qual é incapaz, por si só, penetrar na realidade de cada situação fática, uma vez que o fato isolado do salário e do diploma do empregado não implica, necessariamente, que ele seja capaz de se vincular a cláusulas com força preponderante em relação às normas coletivas. Nesse caso, a norma parece autorizar também que a negociação individual possa reduzir direitos, produzindo efeito de renúncia.

Com efeito, há empregados portadores de nível superior que são tão dependentes quanto os que não concluíram o ensino fundamental, e há empregados sem qualquer diploma de educação formal que podem chegar a ganhar um salário compatível com o limite da norma. Além disso, como aduz Cassar, o montante do salário percebido pelo empregado não transforma a natureza de seus direitos²¹, os quais permanecem garantidos pela Carta Magna e pela legislação infraconstitucional.

No entanto, a finalidade da norma foi tentar buscar aumentar o âmbito em que é permitida a negociação direta entre patrão e empregado, e os critérios encontrados para a sua caracterização, por mais infelizes e desacertadas que sejam, ajudam, pelo menos, a abrir o espaço para a “maioridade” do trabalhador brasileiro, o qual não pode mais ser considerado, em qualquer situação, um pobre coitado. Se, por um lado, é muito difícil encontrar critérios mais objetivos e específicos para identificar com precisão aquele trabalhador com um alto grau de autonomia da vontade, por outro, a cumulação entre os critérios parece ter restringido suficientemente o âmbito de incidência da norma. Porém, apenas a prática forense poderá mostrar o acerto ou o desacerto da criação legislativa.

A AUTONOMIA DA VONTADE NO EMBATE ENTRE O NEGOCIADO VERSUS O LEGISLADO

Contudo, no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho, a alteração legislativa mais relevante operada pela reforma trabalhista foi, sem dúvida, a inclusão do artigo 611-A à CLT, o qual dispõe que, em alguns casos, *a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei*. Segundo a disposição legal, em seus quinze incisos, a prevalência do

²⁰ CASSAR, op. cit., p.63

²¹ Idem.

“negociado” sobre o “legislado” está circunscrita ao âmbito da jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; banco de horas anual; intervalo intrajornada, respeito os limites legais; adesão ao Programa Seguro-Emprego; plano de cargos, salários e funções; regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade, inclusive gorjetas, e por desempenho individual; modalidade de registro de jornada; troca do dia de feriado; enquadramento do grau de insalubridade; prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes; prêmios de incentivo; participação nos lucros ou resultados da empresa.

Verifica-se, desde logo, que o âmbito em que o negociado prevalece sobre as disposições legais – por autorização da própria lei, frise-se – é bastante amplo. A doutrina parece concordar que este rol dos incisos I ao XV do artigo 611-A é exemplificativo, e não exaustivo. Desse modo, nada impede que outras situações sejam abordadas por uma negociação coletiva, cujos termos de estipulação regularão as relações de trabalho com força da lei.

Contudo, embora amplo, certamente não é ilimitado. O novo artigo 611-B estabelece quais matérias cuja supressão ou redução constituem *objeto ilícito* de convenção ou acordo coletivo de trabalho. Do inciso I ao XXX, é possível encontrar direitos como o ao salário mínimo, ao seguro-desemprego em caso de desemprego involuntário, ao FGTS, ao aviso prévio proporcional de no mínimo trinta dias, férias anuais, adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, normas de saúde e higiene do trabalho etc.

Trata-se, na maior parte, dos direitos garantidos pelos incisos do artigo 7º da CRFB/88, os quais dispensavam a nova proteção legal, uma vez que a própria supremacia da Constituição já impedia que fossem derogados. Ademais, encontra-se nesses incisos a proteção contra a derrogação das normas relativas à anotação da Carteira de Trabalho e a outros direitos de natureza infraconstitucional.

Da disposição do *caput* do artigo 611-B segundo a qual é vedado às negociações coletivas pactuarem, *exclusivamente*, a *redução* ou a *supressão* dos direitos elencados em seus incisos, é possível concluir, *a contrario sensu*, que os direitos elencados nos incisos do artigo 611-A podem sofrer redução ou supressão por acordo ou convenção coletiva, inclusive ultrapassando as garantias legais mínimas.

Contudo, não cremos que isto ocorrerá no mundo fenomênico, a não ser com alguma contrapartida compensatória. Pensar o contrário implicaria no descrédito total no papel dos sindicatos profissionais, os quais não possuiriam qualquer poder de barganha ou negociação perante os sindicatos patronais, mas, ao contrário, estariam, assim como o trabalhador

individual, em posição de inferioridade. Seria, em última análise, perverter a própria estrutura do Direito Coletivo do Trabalho, com base na qual, como já se expôs, os sindicatos patronal e profissional são duas entidades coletivas igualmente capazes de negociar normas com poder de autovinculação, resultando em uma *contradição em termos*.

Ora, trata-se de uma contradição em termos porque, segundo o raciocínio anteriormente delineado, o trabalhador, sem poder de influência no destino da empresa, reúne-se com seus colegas de ofício para alçar suas vozes às alturas dos ouvidos patronais. Neste sentido, o ente coletivo originado pela união das forças individuais estaria em pé de igualdade diante da empresa. Logo, dizer que, com a reforma das leis trabalhistas, o negociado se imporá sobre o legislado de maneira *sempre* negativa, com redução e supressão de direitos dos trabalhadores, é esquecer da igualdade de forças que permeia o Direito Coletivo do Trabalho – ou, pelo menos, é admitir que ela nunca existiu de fato.

Assim, não se pode presumir que os sindicatos profissionais se omitirão em seu papel, deixando que direitos sociais sejam suprimidos, o que é diferente de formular composições entre direitos aplicáveis às categorias envolvidas. Deve-se, ao contrário, supor que eles se perpetuarão na função de defesa dos interesses das categorias que representam, assumindo, contudo, o papel de estimular a *criatividade jurídica* mencionada, gerando novas soluções jurídicas para problemas particulares.

O fato de haver a possibilidade de reduzir ou suprimir um direito como contrapartida do aumento ou da melhoria de outro não deve ser encarado como uma anomalia, sob pena de se ignorar completamente os elementos econômicos que subjazem às relações sociais. A indisponibilidade absoluta e a perenização dos direitos trabalhistas no tempo deve ceder lugar à auto-composição entre as partes interessadas, tendo em vista as condições reais de trabalho e de remuneração. Sem dúvidas, nesse momento o princípio da transparência e da boa-fé deverão nortear as relações entre os negociantes.

No entanto, parece-nos muito suspeito o teor dos parágrafos do artigo 611-A. Ora, o § 1º diz que, na interpretação do instrumento coletivo observará o § 3º do artigo 8º da CLT, o qual dispõe, por sua vez, que a Justiça do Trabalho analisará *exclusivamente* a conformidade do instrumento aos elementos essenciais do negócio jurídico, segundo o Código Civil, balizando a sua atuação pelo “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Em seguida, o § 2º preceitua que a expressa inexistência de contrapartidas recíprocas não ensejará a nulidade do instrumento coletivo por não se caracterizar, por si só, como um vício consensual. Claramente a legislação se trai em seus motivos, porque fica evidente o intuito

de amordaçar, antecipadamente o Poder Judiciário, diante da possibilidade de uma anulação de instrumento coletivo que não traduza qualquer vantagem para a categoria profissional. O § 3º procura dar uma *compensação* pela redução de salários, impedindo que os empregados sejam demitidos imotivadamente durante o período de vigência do instrumento coletivo, mas este dispositivo nem parece texto de lei, e sim algo como uma cláusula de convenção ou acordo coletivo antecipada.

Assim, em disposições como estas, a legislação se mostra exatamente como uma ferramenta jurídica para tentar livrar das garras da Justiça do Trabalho um setor empresarial poderoso o suficiente para dobrar a vontade dos sindicatos dos trabalhadores, mas, naturalmente, incapaz de escapar do Estado-juiz. Com efeito, são normas como essas que expõem o casuísmo e as reais intenções da *mens legislatoris*, a qual parece se identificar à *mens legis*, nesse caso.

Com a antecipação dos efeitos em potencial da interpretação judiciária da norma legal, utilizando-se como parâmetro a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, a própria lei impõe limites a sua leitura, o que ocasiona um problema hermenêutico muito grave: o de quem é o legítimo intérprete da lei. Em última análise, as disposições procuram desautorizar o Poder Judiciário, mais especificamente a Justiça do Trabalho, como intérprete da legislação trabalhista. Não satisfeitos com que os Juízes sejam *la bouche de la loi*, querem amordaçar a boca da lei.

Desse modo, segundo a legislação, a interpretação das normas coletivas pelo Poder Judiciário se limitaria à declaração de nulidade dos instrumentos coletivos, nos moldes do Código Civil, com o cuidado da mínima interveniência sobre a autonomia da vontade coletiva. De fato, este parece ser o espírito da reforma trabalhista no que se refere ao Direito Coletivo do Trabalho. No entanto, não há como negar que a legislação foi agressivamente desrespeitosa com a legitimidade do Juiz enquanto intérprete do Direito. Ora, se o Juiz é intérprete das leis, autorizado pelo ordenamento jurídico, a quem cabe a decisão final sobre as matérias colocadas a sua apreciação, como se pode pretender minimizar o seu âmbito de atuação no que concerne ao mérito das negociações coletivas?

Em verdade, se existem eventuais abusos cometidos pelo poder jurisdicional, estes devem ser coibidos mediante os instrumentos legais disponíveis. Além disso, se a interpretação principiológica do Direito do Trabalho nos casos concretos produz aberrações jurídicas, estas devem ser combatidas pelo livre debate e pela argumentação, levando os casos até as Cortes Superiores, a quem incumbe a uniformização da jurisprudência, atendendo a ideais de justiça, igualdade e segurança jurídica. Se os Tribunais continuam a proferir decisões conflitantes e a

elaborar teses imprecisas, este problema deve ser enfrentado pelo próprio Poder Judiciário, e não por intermédio de uma lei cujas disposições mais parecem grilhões.

CONCLUSÃO

Em síntese, procuramos, em primeiro lugar, analisar se a autonomia da vontade possui algum papel fundamental em um ramo do Direito tão impregnado por normas de natureza indisponível, pelo que concluímos afirmativamente. Ato contínuo, investigamos a natureza e a importância do Direito Coletivo do Trabalho, perscrutando também os seus problemas e dificuldades. A seguir, penetramos no recente fenômeno da assim chamada Reforma Trabalhista, a fim de identificar o seu espírito, especificamente no que concerne ao objeto de estudo. Por fim, pudemos identificar em que grau a autonomia da vontade está inserida no projeto de atualização da legislação trabalhista.

Como conclusão, podemos afirmar que o projeto subjacente à Reforma Trabalhista é o de implantar um regime de relações de trabalho mais próximo das relações civis, mais alheias à intervenção estatal, com menor incidência de normas de ordem pública. O que permanece desconhecido é saber até que ponto a sociedade brasileira está preparada para acomodar este tipo de livre relação. Não há dúvidas de que há alguns setores do mercado de trabalho em que as novas normas se encaixarão perfeitamente. Porém, em se tratando do Brasil, país em que coexistem diversas realidades sociais em múltiplos lugares, não é difícil concluir que a nova concepção da autonomia da vontade acarretará, em muitos casos, opressão indesejada pelo ordenamento jurídico.

Ademais, é possível identificar, inequivocamente, a existência de medidas reativas à Justiça do Trabalho. Existem dispositivos legais que são respostas diretas a entendimentos jurisprudenciais do Tribunal Superior do Trabalho, e outros que tentam restringir a interpretação das leis e dos instrumentos coletivos pelo Poder Judiciário, o que é um sintoma da grave crise institucional em que o país está imerso.

A nosso ver, a lei nunca pode pretender ser a solução de problemas sociais. Se existem abusos na aplicação da lei a fatos pelo Poder Judiciário, estes têm que ser coibidos pelos Tribunais, os quais são responsáveis por dar a melhor interpretação da lei, atentos para a realidade social em que estão inseridos os conflitos sociais e orientados pelos ideais de justiça, igualdade e segurança jurídica.

Faz prova de nosso argumento o fato de que, em reunião recente da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, a conclusão a que chegaram os diversos participantes,

integrantes da magistratura trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, entre outros órgãos do Poder Público, é que a reforma trabalhista não será aplicada da maneira pela qual foi aprovada, devendo os seus dispositivos serem interpretados à luz da Constituição Federal²². É possível antecipar, portanto, uma *Contrarreforma Trabalhista*, carreada principalmente pela Magistratura Trabalhista, mas apoiada por setores como a advocacia trabalhista, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e Emprego, entre outros órgãos.

Neste sentido, a Reforma Trabalhista, em vez de solução para os problemas pelos quais atravessa a sociedade brasileira, gerará outros, piorando a animosidade entre os Poderes da República, a qual se encontra interligada às crises institucional, financeira, política, ética e social atualmente instauradas no país. A solução aos problemas das relações de trabalho se dará não por uma lei que vem a todos salvar, mas sim pelo aprimoramento da cultura jurídica, da educação cívica, da responsabilidade na gestão da *Res Pública*, pelo compromisso do brasileiro com seu papel social e pela sensibilidade na apreciação de problemas econômicos. Afinal, não adianta implantar direitos em documentos escritos sem que haja a correspondente *fonte de custeio*, como enuncia um princípio do Direito Previdenciário. Enquanto insistirmos em ampliar direitos indefinidamente sem atentar para as obrigações, continuaremos a viver no *país das promessas descumpridas*.

²² *Magistrados dizem que reforma trabalhista não pode ser aplicada como foi aprovada*. Site do ConJur, Consultor Jurídico. Obtido em: “<https://www.conjur.com.br/2017-out-09/juizes-ministros-discutem-nao-aplicar-reforma-trabalhista>”. Acesso em 21 de outubro de 2017 às 19:10.

REFERÊNCIAS

CASSAR, Vólia Bomfim, BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Editora Método, 2017. São Paulo.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. Editora LTr, 12ª Edição. São Paulo, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá, *Princípios de Direito do Trabalho*. Editora LTr, 3ª Edição facsimilada, São Paulo, 2015,

ROMITA, Arion Sayão. *A formação do contrato de trabalho*. In: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, vol. 49, n. 97, Julho/Dezembro, 2016

Magistrados dizem que reforma trabalhista não pode ser aplicada como foi aprovada. Site do ConJur – Consultor Jurídico. Obtido em: “<https://www.conjur.com.br/2017-out-09/juizes-ministros-discutem-nao-aplicar-reforma-trabalhista>”. Acesso em 21 de outubro de 2017 às 19:10.