

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Elisa Cristina Pierosan de Souza

A ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS COMO
PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A
REFORMA TRABALHISTA

Casca

2018

Elisa Cristina Pierosan de Souza

A ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS COMO
PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A
REFORMA TRABALHISTA

Monografia apresentada ao Curso de Direito, da
Faculdade de Direito da Universidade de Passo
Fundo, Campus Casca, como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais, sob a orientação do
Professor Me. Paulo Henrique Schneider.

Casca

2018

Agradeço a minha família, em especial aos meus pais, Gilson e Natali, minha irmã Kauana e minha avó Angela, pelo amor incondicional que me ofereceram e por serem meu alicerce nesta caminhada. O amor que sinto por eles é maior que tudo!

Ao Maurício, por ser, além de meu namorado, meu melhor amigo. Pessoa que não mediu esforços para me ajudar nessa jornada e sempre esteve ao meu lado, independentemente de qualquer situação.

Aos meus amigos e colegas, em especial as minhas amigas Mayara, Beatriz e Letícia, por me incentivarem, quando tudo parecia ser impossível. Tornaram essa jornada mais leve.

Ao meu orientador, Professor Me. Paulo Henrique Schneider, pela colaboração, incentivo e compreensão no transcorrer deste trabalho. Seu auxílio foi fundamental, serei sempre grata.

“Se eu vi mais longe, foi por estar sobre ombros de gigantes”.

(Isaac Newton)

“Se ages contra a justiça e eu permito que assim o faças, então a injustiça é minha”.

(Mahatma Gandhi)

RESUMO

O presente estudo analisa o princípio da ultratividade como ferramenta para a concretização do princípio da proteção, forma de materializar os direitos fundamentais do trabalhador. Para tanto, objetiva-se compreender as nuances do princípio da proteção no ordenamento jurídico brasileiro, a forma com que os instrumentos normativos coletivos podem contribuir, a discussão acerca da aplicação ou não da ultratividade e seus efeitos, verificando aspectos históricos, sociais e legais voltados à dignidade da pessoa humana. Considera-se um assunto polêmico, tendo a pesquisa importância para que se verifique se a proteção ao trabalhador está sendo efetivada nas relações de trabalho. A Lei 13.467/2017, mais conhecida como Reforma Trabalhista, fez modificações negativas aos direitos coletivos, flexibilizando condições e regredindo na proteção. Desse modo, discutem-se as alterações relativas à hierarquização das normas e a vedação expressa à ultratividade frente ao princípio da vedação ao retrocesso social. Conclui-se que, embora a proteção à dignidade da pessoa humana seja um dos fundamentos da República, não se pode afirmar que há efetiva proteção ao trabalhador, parte hipossuficiente na relação de trabalho.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Negociação coletiva. Princípio da proteção. Reforma trabalhista. Ultratividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 APLICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR.....	10
2.1 O princípio da proteção no processo do trabalho	10
2.2 O conflito de fontes na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943	16
2.3 O conflito de normas na nova Consolidação das Leis do Trabalho.....	21
3 CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO	26
3.1 O princípio da autonomia privada coletiva.....	26
3.2 As formas de contratação.....	30
3.3 A autonomia privada coletiva e os direitos fundamentais	36
4 A APLICABILIDADE DA ULTRATIVIDADE E A REFORMA TRABALHISTA...	41
4.1 Aspectos gerais da reforma trabalhista.....	41
4.2 O princípio da ultratividade e a possibilidade de sua aplicação até novembro de 2017	47
4.3 A negociação coletiva para a concretização de direitos fundamentais, a ultratividade e a Reforma Trabalhista	53
5 CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a proteção do trabalhador como parte hipossuficiente da relação trabalhista e dos seus direitos fundamentais, a forma com que os instrumentos normativos coletivos podem cooperar para que a proteção e melhorias se concretizem, a possibilidade de essas normas se incorporarem ao contrato de trabalho e o impacto da Reforma Trabalhista nesse meio.

Justifica-se o estudo por se tratar de um tema com discussão doutrinária, jurisprudencial e acadêmica que envolve os direitos dos trabalhadores, frente ao fato destes necessitarem de seu trabalho para sua subsistência e o mesmo ser essencial para manutenção da economia de um País. Analisam-se os meios protetivos à classe trabalhadora e seus direitos, a forma com que se busca melhoria das condições e como a Reforma Trabalhista, impedindo a ultratividade, pode afetar tal proteção jurídica.

Objetiva-se, deste modo, analisar a aplicabilidade ou não da ultratividade das normas coletivas de trabalho, dadas as inúmeras discussões a respeito desse assunto, estudando a proteção ao trabalhador, analisando a aplicação das fontes do direito, dando ênfase ao princípio da proteção, da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Ainda, pretende-se estudar a autonomia privada coletiva, identificar as principais formas de contratação e forma como a autonomia se relaciona com os direitos fundamentais. Estudar-se-á o princípio da ultratividade das normas e, com o advento da Lei 13.467/2017, os aspectos gerais da mudança legislativa e o impacto sobre as normas coletivas e a ultratividade.

Assim, verifica-se que a problemática envolvendo melhores situações aos trabalhadores e a confirmação de seus direitos fundamentais, acarreta diversas polêmicas. Com efeito, pergunta-se: as normas jurídicas trabalhistas vigentes no país e a discussão jurisprudencial, do ponto de vista do princípio da ultratividade, são suficientes para assegurar direitos fundamentais e proteger o trabalhador?

Dessa forma, é relevante que haja uma melhoria nas condições de trabalho, por meio das normas coletivas, de modo que se incorporem ao contrato de trabalho individual, pois, do contrário, seria retroagir o direito adquirido pelo trabalhador. Isso seria prejudicial a ele, a sua família e, também, à sociedade como um todo. O que faz com que se torne possível essa ultratividade da norma coletiva é a proteção do trabalhador, que se dá por meio da aplicação do princípio da condição mais benéfica, da norma mais favorável e, ainda, do próprio princípio da proteção, sendo esse o que compensa o fato de o trabalhador ser a parte mais fraca do contrato de trabalho e impedindo que sempre sofra os malefícios da relação.

Havia a possibilidade de interpretar que as normas coletivas de trabalho, ou seja, oriundas de acordos, convenções e sentenças normativas, se incorporassem ao contrato de trabalho, uma vez que havia proteção ao trabalhador por meio da aplicação do princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou essa decisão por meio da Súmula n. 277, fundamentada na Emenda Constitucional 45/2004. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal entendia que não era possível haver a ultratividade das normas coletivas, uma vez que essas possuem um prazo de vigência fixado em lei (artigo 614, §3º e artigo 868, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho) e a lei que regulamentava a ultratividade foi revogada. Compreendia, assim, que se não há previsão legal e constitucional, não há possibilidade de haver tal situação, fundamentada no artigo 12 da Lei 9.868/99. Com o advento da Lei 13.467/17, a possibilidade de haver a ultratividade foi abolida por meio de previsão legal na Consolidação das Leis do Trabalho.

Para melhor organização e compreensão, a pesquisa está dividida em três capítulos, que tratam sobre: a aplicação das fontes de direito do trabalho e a proteção ao trabalhador; o contrato coletivo de trabalho; a aplicabilidade da ultratividade e a Reforma Trabalhista. Logo, no primeiro capítulo, na análise da aplicação das fontes, há um estudo específico do princípio da proteção no processo do trabalho, com seus desdobramentos: *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável e da condição mais benéfica. A seguir, aborda-se a forma com que as fontes do trabalho eram aplicadas quando em conflito até o advento da Lei 13.467/17, explicando a divisão e a classificação das normas, até chegar efetivamente a como o conflito de normas era resolvido. Por fim, fala-se no conflito de normas na nova Consolidação das Leis do Trabalho, tratando sobre as principais alterações feitas nesse quesito.

Num segundo momento, trata-se especificamente do contrato coletivo de trabalho, trazendo uma análise do princípio da autonomia privada coletiva, responsável por fazer as vontades dos trabalhadores se concretizarem. Após, há uma explanação sobre os principais meios de contratação de trabalhadores e as principais características de cada um desses contratos. E, por fim, discorre-se acerca da autonomia privada coletiva e os direitos fundamentais, tratando sobre a forma como as negociações coletivas são utilizadas como instrumento para que os direitos fundamentais sejam confirmados ou relativizados aos trabalhadores.

Por fim, tem-se a razão de ser do presente estudo, retratando, primeiramente, sobre os aspectos gerais da Reforma Trabalhista, fazendo um breve relato histórico, com as diversas mudanças legislativas nesse âmbito ao longo dos anos, os fundamentos político-ideológicos e

econômicos, com os seus argumentos favoráveis e contrários à mudança e os principais pontos alterados. Na segunda parte, há explicação do conceito do princípio da ultratividade das normas coletivas, as formas com que pode se dar tal situação e a divergência com relação ao tema envolvendo o Tribunal Superior do Trabalho e o Supremo Tribunal Federal, com argumentos de doutrinadores sobre as duas decisões. Finaliza-se com um apanhado geral da importância das negociações coletivas, a ultratividade, a forma como a Lei 13.467/17 trata o tema e os principais reflexos desse tratamento.

2 APLICAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO AO TRABALHADOR

O presente capítulo tem como objetivo apresentar o conceito, desdobramentos e aplicação do princípio da proteção, bem como analisar como era decidido o conflito de fontes na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 e como passou a ser após a Reforma Trabalhista.

2.1 O princípio da proteção no processo do trabalho

Todo o ordenamento jurídico brasileiro se fundamenta em princípios gerais, sendo eles diretrizes do sistema, que servem de base para a criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas. Tendo em vista que o próprio direito não está completamente positivado, os princípios têm a função de organizar e integrar tudo o que tange a solução de determinado conflito. (VECCHI, 2014, p. 290)

Os princípios gerais de direito sofrem uma adequação para serem aplicados no direito do trabalho, visto as especificidades que este ramo possui. Há três princípios gerais que se destacam na aplicação no direito do trabalho, quais sejam: da lealdade e da boa-fé, da não alegação da própria torpeza, e do efeito lícito do exercício regular do próprio direito. Eles, juntos, “sintetizam a noção de que a ordem jurídica deve apenas acolher e conferir consequências compatíveis em favor de uma pessoa com respeito a condutas lícitas e de boa-fé por ela praticadas” (DELGADO, 2013, p. 185).

O direito do trabalho também possui seus princípios próprios, sendo que a maioria deles é advinda da Constituição Federal de 1988. Há nove princípios que são contemplados pela doutrina majoritária como os mais importantes desse ramo, que são: da proteção, da norma mais favorável, da condição mais benéfica, da indisponibilidade dos direitos, da imperatividade das normas trabalhistas, da inalterabilidade contratual, da intangibilidade salarial, da continuidade da relação de emprego, e da primazia da realidade. (DELGADO, 2013, p. 185-189)

Quanto ao princípio da proteção, disciplina-se que o objetivo central é proteger, de modo preferencial o trabalhador, pois é a parte mais frágil numa relação de trabalho, buscando estabelecer uma igualdade substancial. Fundamentado no fato de o direito do trabalho abranger relações jurídicas entre partes desiguais, principalmente no âmbito econômico, em que há as mais diversas formas de exploração, esse princípio é uma inspiração para as demais normas, devendo ser levado em consideração, desde a elaboração até a aplicação do direito, tendo em vista que deve ser utilizado com proporcionalidade a fim de que não suprima a segurança

jurídica, apenas gere eficácia e adequação à aplicação das fontes para uma igualdade substancial. (RODRIGUEZ, 2000, p. 83-101)

Sintetiza-se a proteção ao trabalhador em uma concepção de compensação à desigualdade, trazendo outra desigualdade, a de tratamento. Assim, a *ratio legis* e a norma protetiva do direito do trabalho possuem uma ligação, que está expressa no *favor iuris*, a fim de favorecer o trabalhador para que se tenha uma igualdade substancial. O perfil do direito do trabalho é identificado por esse raciocínio, sendo toda a legislação pertinente ao tema baseada na proteção ao trabalhador. (CAMINO, 2004, p. 96)

Tal princípio surge como a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamental para a existência do direito do trabalho, tendo como principal fundamento jurídico a Carta Magna, na qual, de acordo com a interpretação do autor:

O princípio em foco pode ser reconduzido ao disposto no §2º do art. 5º da CF de 1988, bem como toda a sistemática constitucional, que deixa bem clara a opção do constituinte na construção de um Estado democrático de direito, quem tem por finalidades a efetivação da igualdade (substancial) e da justiça social, com o reconhecimento e a promoção dos direitos dos trabalhadores. (VECCHI, 2014, p. 349)

A proteção ao trabalhador é um princípio que também diz respeito ao direito processual do trabalho, que é quando se verifica a aplicação do mesmo aos casos concretos. Tem-se entendido que é indispensável a proteção ao hipossuficiente, tendo em vista que é necessária a intervenção do Estado-Juiz para a confirmação da igualdade substancial entre as partes, fazendo com que o princípio da proteção se torne o princípio da correção da desigualdade.

Em se tratando da aplicação da proteção, pode-se notar a mesma em diversos procedimentos adotados na Justiça do Trabalho, como, por exemplo, na possibilidade da assistência judiciária gratuita ao trabalhador, não ao empregador; na premissa de que, caso o empregador se faça ausente na audiência é considerado revel confesso, enquanto o trabalhador sofre um simples arquivamento dos autos; e em diversos outros casos. (LEITE, 2016, p. 108-110). Há jurisprudências do Tribunal Superior do Trabalho que ilustram tal condição, como segue:

PRESCRIÇÃO. DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 219, § 5º, DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O DIREITO DO TRABALHO. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE. No âmbito do Processo do Trabalho, não se admite o pronunciamento de ofício da prescrição, haja vista já ter esta Corte se manifestado sobre a incompatibilidade do disposto no artigo 219, § 5º, do Código de Processo Civil com a natureza do direito a que normalmente esta Justiça especializada visa a tutelar (crédito de natureza alimentar). Precedentes. Com efeito, o Tribunal a quo, ao declarar de ofício a prescrição da

pretensão indenizatória da reclamante, incorreu em má aplicação do art. 219, § 9º, do CPC. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2015)

Ainda, o processo se mostra como instrumento da seguridade dos direitos sociais previstos em todo o ordenamento jurídico. Todavia, como é abrangente aos casos litigiosos, há ações nas quais não se pode aplicar o princípio da proteção, pois ambos os polos são considerados iguais, sem nenhum hipossuficiente, como é o caso da cobrança de multas em que a União é a autora e o empregador é o réu. (LEITE, 2016, p. 110-111)

No ramo do direito material, há um desdobramento do princípio da proteção em três dimensões, de acordo com a maior parte dos juristas, quais sejam: princípio do *in dubio pro operário*, princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica. Há uma corrente que não concorda com o fato de haver apenas essas dimensões, entendendo que a proteção ao trabalhador inspira todo o complexo de regras, fontes, institutos e princípios que formam esse ramo do direito. (DELGADO, 2013, p. 191). Porém, aqui analisar-se-á os três princípios, de acordo com a corrente majoritária.

O princípio do *in dubio pro operário* é utilizado nos casos em que a norma possui mais de uma interpretação e faz com que a interpretação mais favorável ao trabalhador seja aplicada. Trata-se, portanto, de uma regra hermenêutica que possui, como condição de aplicação, a dúvida com relação ao alcance da norma, determinando o sentido entre todos os possíveis, e o estar em conformidade com a vontade do legislador, ou seja, de acordo com a *ratio legis*, a fim de não contrariá-la. (RODRIGUEZ, 2000, p. 107-121)

A aplicação pode se dar para aumentar um benefício ou diminuir um prejuízo. Sua intensidade pode variar de acordo com a remuneração percebida pelo trabalhador, afinal, a desigualdade de um operário e de um trabalhador de alto escalão é diferente frente ao seu empregador. Ainda, a aplicação deve se dar com moderação e não há uma regra, dentro do princípio, para interpretar a norma, sendo que pode variar de acordo com a própria legislação. (RODRIGUEZ, 2000, p. 107-121)

Há críticas com relação ao *in dubio pro operário*, das quais, uma diz respeito a ela abranger algo que já está assegurado pelo princípio da norma mais favorável, tornando-se, assim, inútil. Considera-se importante para a busca da igualdade substancial, porém, com a modernização do direito do trabalho, foi absorvida pela norma mais favorável no tocante à interpretação. Outra crítica é feita sobre ela contradizer o princípio do juiz natural, trazendo desequilíbrio ao processo quanto ao exame e valoração dos fatos. Já sendo a mesma absorvida

por outro princípio para ser preservado o direito do trabalhador, não há necessidade de comprometer a justiça, pendenciando o juiz e sua função. (DELGADO, 2013, p. 203-205)

O TST aplica tal princípio da seguinte forma:

RECURSO DE REVISTA - AUXÍLIO - ALIMENTAÇÃO - NORMA COLETIVA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERÁRIO. O Colegiado a quo, interpretando cláusula coletiva da categoria, decidiu que, diante da disparidade de interpretações, deve ser aplicado o princípio in dubio pro operário. Impertinente a invocação do art. 114 do Código Civil, uma vez que o Tribunal não ampliou a interpretação da cláusula normativa, não se havendo de falar em observância de interpretação restritiva. Os arestos não revelam similitude fática com a lide, incidindo a Súmula nº 296 do TST. O art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, não foi violado, uma vez que o Tribunal a quo, longe de negar validade ao instrumento coletivo, interpretou a norma coletiva e concedeu-lhe plena validade. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2013)

Tal aplicação é relativa e possui críticas quanto à instrução probatória do processo, visto que a mesma possui métodos próprios sobre o ônus, de acordo com o artigo 818 da CLT e o artigo 331 do CPC, podendo o juiz inverter o mesmo, aplicando o artigo 6º, VII, do Código de Defesa do Consumidor. (LEITE, 2016, p. 95). A jurisprudência trabalhista defende a não aplicabilidade do princípio na valoração das provas, da seguinte forma:

PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERÁRIO. MATÉRIA DE PROVA. INAPLICABILIDADE. O princípio in dubio pro operário não se aplica à matéria probatória, a qual deve observar o princípio da persuasão racional do juízo conforme a distribuição do ônus da prova determinada pelo artigo 818 da Consolidação das Leis do Trabalho, combinado com o artigo 333, I, do Código de Processo Civil. Recurso Ordinário a que se nega provimento. (SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, 2015)

PRINCÍPIO IN DUBIO PRO OPERÁRIO. INAPLICABILIDADE EM MATÉRIA DE PROVA. O princípio in dubio pro operário está limitado à regra interpretativa de caráter substantivo, sendo, por consequente, inaplicável em matéria de prova judiciária, ao se tratar de direito adjetivo, em decorrência da teoria processual do ônus da prova. (BAHIA, Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região, 2012)

A reforma na CLT, inclusive, trouxe a possibilidade da inversão do ônus da prova expressamente no §1º do artigo 818¹, expondo que pode ocorrer desde que de forma fundamentada, causado pela dificuldade ou impossibilidade da parte primeiramente atribuída do ônus de fazê-la ou nos casos que já estão previstos em lei.

¹ Artigo 818, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.”

Outro princípio decorrente do princípio da proteção denomina-se princípio da condição mais benéfica. Ele consiste em:

[...] assegurar aos trabalhadores que as condições mais vantajosas, objetivamente reconhecidas e contratadas, ou que venham a ser incorporadas de forma definitiva ao contrato não possam ser mais afastadas, como decorrência da própria noção de direito adquirido e do ato jurídico perfeito. (VECCHI, 2014, p. 350-351)

Esse princípio é garantidor de que sejam preservadas, no contrato de trabalho individual, as cláusulas mais benéficas ao hipossuficiente, não sendo, portanto, uma comparação entre normas, mas sim de cláusulas contratuais. Ele pode ser traduzido em outro princípio, denominado princípio da inalterabilidade contratual lesiva, sendo incorporado pela legislação e na jurisprudência, no artigo 468, caput, da CLT² e na Súmula n. 51, do TST³, respectivamente. (DELGADO, 2013, p. 194)

O conceito de mais benéfica deve ser entendido quanto ao conteúdo, e, em termos gerais, dizer respeito à situação real e concreta, não podendo ser consideradas situações provisórias. Quanto à sua definição, em termos gerais, “garante ao empregado a continuidade das condições benéficas de seu contrato vigente, não podendo a alteração de qualquer norma jurídica mais recente ou vindoura lhe causar prejuízos.” (CERDEIRA, 2008)

O funcionamento dela se dá quando há sucessão normativa, ou seja, quando uma norma passa a ser utilizada no lugar de outra mais antiga, sendo que se a nova for mais benéfica, passa a ser utilizada, caso contrário, a velha continua em vigor. A interpretação racional da realidade é o que determina se o princípio deve ser aplicado à determinada norma ou não, entendendo que se o benefício se caracterizava como transitório, não há aplicação do princípio e o mesmo perde o efeito quando a situação chega ao final. Porém, se não está ligado a uma situação de fato ou foi além da situação que o originou, deve ser aplicada a condição mais benéfica. (RODRIGUEZ, 2000, p.132-139)

Num viés constitucional, o princípio da condição mais benéfica é um reflexo no ramo trabalhista do artigo 5º, XL da Constituição de 1988, que disciplina a não retroatividade da lei penal, salvo se beneficiar o réu, e do inciso XXXVI, do mesmo artigo, que diz ser um direito

² Artigo 468, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia.”

³ Súmula nº 51 do Tribunal Superior do Trabalho: “NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I – “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.”

fundamental a todo cidadão a não prejudicialidade do direito adquirido. Além disso, o princípio está intimamente ligado ao caput do artigo 7º, acerca da melhoria da condição social dos trabalhadores. (LEITE, 2016, p. 100-101)

A jurisprudência trabalhista aplica o princípio da seguinte forma:

CEDAE. HORAS EXTRAS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA. Em que pese aqueles que se ativam em jornada especial tenham sido excepcionados do módulo de 40 horas semanais de trabalho, por força de norma coletiva da categoria, o regulamento interno do empregador estabelece também como de 40 horas semanais o módulo geral de seus empregados, incluídos aqueles inseridos no -regime especial de escala-, o que deve prevalecer por força do princípio da condição mais benéfica, que se integra aos contratos individuais de trabalho. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2015)

ESTATUTO DE 1967. APOSENTADORIA. COMPLEMENTAÇÃO. ALTERAÇÃO DAS REGRAS. ESTATUTO DE 1997. PRINCÍPIO DA CONDIÇÃO MAIS BENÉFICA. Em se tratando de cláusulas contratuais não se cogita da Teoria do Conglobamento, a exigir aplicação de um ou de outro Regulamento, por inteiro. Prepondera o princípio da condição mais benéfica, segundo o qual, em uma determinada situação concreta, a regra a ser aplicada é aquela que se revelar mais favorável ao trabalhador (CLT, artigo 468; Súmulas n.º 51 e 288 do colendo TST). 2. Recursos conhecidos e desprovidos. (000612-2009-018-10-00-2 RO, AC 3.ª Turma, Relator: Desembargador Ribamar Lima Júnior, publicado no DEJT de 1.º/2/2013). Recursos conhecidos e no mérito, não providos. Ressalva do entendimento da Desembargadora Relatora. (DISTRITO FEDERAL, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, 2014)

Ademais, o terceiro princípio, decorrente do da proteção, é o da norma mais favorável, no qual, independente da hierarquia das normas, se aplica a mais favorável ao trabalhador. É admitida, no ordenamento trabalhista brasileiro, a inoperação das normas hierarquicamente superiores frente a uma inferior, para assegurar melhores benefícios para os trabalhadores. A exceção para esse princípio são as regras públicas de caráter proibitivo, como o artigo 623 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴. (RODRIGUEZ, 2000, p. 123-126)

No próximo tópico desse mesmo capítulo será abordado mais profundamente o estudo desse princípio, a exemplo de sua aplicação e teorias relativas ao mesmo. Pode-se aqui adiantar como ele é visto no processo do trabalho, como transcrito abaixo:

Se a fonte da favorabilidade não for a lei e sim o critério pessoal do juiz, pode-se consumir, em um caso concreto, uma desproporcionalidade excessiva a título de promoção da igualdade que não se coaduna com os fins do processo. E encontra resistência em princípios processuais que rigorosamente devem ser assegurados igualmente a ambas as partes e do mesmo modo (ex.: o devido processo legal, o direito ao contraditório, o direito de recorrer, a litigância de má-fé etc.). (NASCIMENTO, 2014, p. 151)

⁴ Artigo 623 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acôrdo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Govêrno ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços.”

Os Tribunais trabalhistas aplicam a norma mais benéfica da seguinte maneira:

CONFLITO APARENTE DE NORMAS COLETIVAS. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. O conflito aparente de normas coletivas deve ser solucionado segundo o princípio da norma mais favorável ao trabalhador, aplicando-se a Convenção Coletiva quando mais benéfica, analisada em seu conjunto, na forma do artigo 620 da CLT. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2016)

Como visto, o princípio da proteção é a razão de ser do direito do trabalho, tanto no ramo processual como no material, sendo ele subdividido em outros três princípios para que seu alcance seja maior e mais especificado, além de o mesmo servir como base para todo o ordenamento justralhista. A proteção ao hipossuficiente é extremamente necessária para consolidação da justiça, a fim de que se tenha igualdade substancial em uma relação trabalhista.

2.2 O conflito de fontes na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943

A necessidade de se estabelecer um critério para a aplicação das fontes de direito é clara, visto a quantidade delas em nosso ordenamento jurídico. Enquanto nos demais ramos do direito se tem como regra a aplicação das fontes por ordem hierárquica, no direito do trabalho se aplica o princípio da norma mais favorável, a ser aqui explicada, para determinar qual será a fonte que garantirá a proteção do trabalhador.

As fontes do direito do trabalho dividem-se em materiais e formais. A primeira está ligada ao conteúdo, ao acontecimento que antecede formulação do direito positivo, podendo ser dividida pelos tipos de fatores que levaram aos fatos, sendo, assim, a fonte material econômica, tendo como exemplo a Revolução Industrial no século XVIII; a sociológica, como a formação de cidades industriais-operárias que favoreceram o desenvolvimento de reuniões e ações por parte da classe operária; a política, tendo os movimentos sociais e os partidos políticos de operários, reformistas ou de esquerda como exemplo; e, ainda, o filosófico, sendo as vertentes de ideias e pensamento que influenciaram na mudança do direito do trabalho. (DELGADO, 2013, p.132-137)

A segunda divisão das fontes, formal, diz respeito à forma utilizada de regulamentar tal acontecimento, ou seja, é a exteriorização das fontes materiais em normas jurídicas. Elas, por sua vez, possuem duas classificações, feitas a partir da origem das fontes formais, quais sejam: heterônomas, advindas diretamente do Estado, sem a participação dos destinatários, como a

Constituição, leis, decretos e medidas provisórias; e autônomas, em que os próprios interessados participam diretamente de sua produção, tendo como exemplo os costumes e os instrumentos de negociação coletiva (contrato coletivo, convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho). (DELGADO, 2013, p.132-137)

A fonte formal heterônoma do direito do trabalho mais importante é a Constituição Federal de 1988, na qual foram estabelecidos os principais princípios e direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como Salário Mínimo fixado por lei, Licença Maternidade e aposentadoria. Outra importante fonte, também dessa classificação, é a Consolidação das Leis do Trabalho, que possui dez títulos, divididos em capítulos e seções, em que estão definidas as partes em uma relação trabalhista, a própria relação e sua regulamentação e o processo na área trabalhista. Como crítica positiva, pode-se exaltar a sua contribuição prática e adequação com a realidade, vista pelo fato de estar em vigor há tantos anos e continuar sendo utilizada, porém, sua crítica negativa diz respeito ao fato de o legislador se contradizer em sua forma, pois a razão de ser da Consolidação é o contrato de trabalho e a forma utilizada é de inspiração estatal anticontratual. (GOMES, 2011, p. 42-47)

Também são fontes formais heterônomas os decretos, portarias, instrução normativa etc., advindos de atos normativos do Poder Público, sofrendo eles controle de constitucionalidade como se lei fossem, por isso são considerados fontes. Os regulamentos de empresa podem ser considerados também nessa classificação, desde que sejam oriundos do Estado, juntamente com as súmulas vinculantes, tendo força de fonte a partir da criação do artigo 103-A da CF⁵, pela Emenda Constitucional nº 45/04. Ainda, a jurisprudência é reconhecida como fonte indireta, pois a sua função principal é uniformizar as decisões dos Tribunais, sendo a caracterização como fonte apenas uma consequência. (LEITE, 2016, p. 78-80)

As fontes formais autônomas são entendidas como “[...] elaboradas pelos próprios destinatários, sem a intervenção estatal. Os próprios agentes sociais espontaneamente as produzem; emergem da vontade das partes.” (CASSAR, 2015, p. 97). São elas o costume, as convenções coletivas, os acordos coletivos e, ainda, o regulamento das empresas.

As negociações coletivas possuem como requisito de validade a participação dos sindicatos, sendo as convenções coletivas, acordos firmados entre eles - sindicatos de trabalhadores e sindicatos de empregadores - qualquer que seja o grau dos mesmos. Os ajustes

⁵ Artigo 103-A da Constituição Federal de 1988: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

feitos entre si possuem efeito *erga omnes*, ou seja, são para todos os trabalhadores, filiados aos sindicatos ou não. Já os acordos coletivos são feitos entre o empregador e o sindicato de determinada categoria, produzindo seu efeito apenas entre as partes acordantes. (BARROS, 2016, p. 87)

O costume, por sua vez, é caracterizado pela repetida adoção de práticas jurídicas, em um dado tempo numa sociedade específica e, por serem exercidas dessa forma, possuem um caráter normativo. A regra é que seja autônoma, porém entende-se que as reiteradas decisões dos Tribunais também são costumes, mas como tem seu surgimento pelo Estado, são heterônomas. (CASSAR, 2015, p. 110-111). O regulamento das empresas consiste nas normas que determinam a estrutura e organização da empresa, aplicável somente dentro de seu âmbito. Como regra, não deveria criar direitos, nem determinar condições de trabalho direcionadas aos seus trabalhadores, porém é o que acontece corriqueiramente e, por isso, é considerada uma fonte. (CASSAR, 2015, p. 128) Contudo, essa corrente não é pacífica, afinal:

Para alguns, o regulamento em seu todo não é fonte de direito por constituir-se em uma regra relativa à atividade econômica do empregador. Outros argumentam que não pode ser fonte de direito por se tratar de fonte unilateral, isto é, expedida por um só agente: o empregador. Não incluem o regulamento de empresa como fonte formal de Direito do Trabalho: Délio Maranhão, Süsskind e Martins Catharino (corrente minoritária).

Sob o argumento de que o regulamento cria direitos abstratos e gerais para os trabalhadores, Orlando Gomes, Russomano, Amauri, Valentim Carrion, Evaristo de Moraes Filho e Sergio Pinto Martins incluem o regulamento como fonte de direito. (CASSAR, 2015, p. 128)

Diante dessas fontes de origem legislativa e de origem acordada, há um debate acerca de qual delas deve prevalecer. Há um entendimento de que deve haver um diálogo entre elas, para que se tenha uma ligação entre o mundo jurídico e a realidade do caso concreto, utilizando, assim, as duas, de forma que uma complemente a outra. A jurisprudência é considerada o principal meio para que se tenha esse diálogo, a fim de obter maior segurança jurídica, utilizando de fontes que não são oriundas do Estado. (GEMIGNANI, 2012, p. 244-245)

Decorrente da quantidade de fontes que originam o direito do trabalho, há um conflito hierárquico entre elas e, para solucionar tal problema, a doutrina utiliza critérios diferentes. A corrente minoritária disciplina uma pirâmide muito semelhante à utilizada no direito privado, na qual as normas possuem uma hierarquia organizada da seguinte maneira: convenções e tratados internacionais, Constituição, lei, sentença normativa, convenção coletiva e usos, costumes e regulamentos de empresa. Já a doutrina majoritária entende que não há uma pirâmide pré-fixada aplicável a todos os casos, sendo necessária a análise do caso concreto e a

utilização do princípio da norma mais favorável para determinar a hierarquia normativa a ser utilizada. (LEITE, 2016, p. 81-82).

O princípio da norma mais favorável, decorrente do princípio da proteção, pode ser entendido como:

[...] intimamente ligado ao princípio da proibição de retrocesso social, está previsto no *caput* do art. 7º da CF de 1988 e significa que, no caso de pluralidade de normas potencialmente incidentes num determinado caso, aplica-se a mais favorável ao empregado, não devendo ser produzidas normas que piorem as condições sócias dos trabalhadores. Esse princípio também se apresenta como uma diretriz constitucional importante no sentido a ser dado à interpretação do direito do trabalho como um todo. (VECCHI, 2014, p. 350)

Além de sua fundamentação na Constituição Federal, sendo entendido, inclusive, como princípio hermenêutico de direitos básicos, está presente também em normas internacionais, ratificadas pelo Brasil, como no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos⁶, no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁷, na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica⁸, e na Constituição da OIT⁹. (RODRIGUEZ, 2000, p. 123-128)

Para aplicação deste princípio, é fundamental considerar a coletividade de trabalhadores interessados, não apenas o que é mais benéfico individualmente; o conteúdo das normas no momento atual, sem projeções futuras; e a apreciação deve ser objetiva, concreta e efetiva, ou seja, observar os motivos que levaram à elaboração da norma, refletir se ela é melhor ou pior à

⁶ Artigo 5, §2º, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos: “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer Estado Parte do presente Pacto em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

⁷ Artigo 5º, §2º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: “Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.”

⁸ Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos: “Normas de interpretação
Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

⁹ Artigo 19, §8º, da Constituição da OIT: “Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.”

classe trabalhadora em questão e se efetivamente é mais favorável. (RODRIGUEZ, 2000, p. 123-128)

A ordem hierárquica é relativa, pois as fontes inferiores têm a capacidade de ampliar os direitos mínimos, positivados por normas superiores, de forma mais eficaz. Para que seja assegurada a proteção à parte mais frágil de uma relação trabalhista, é possível que se aplique uma norma originada de um contrato de trabalho frente a uma norma Constitucional, por exemplo, desde que a primeira traga ampliações de direitos ao trabalhador. (CAMINO, 2004, p. 120-122) Assim sendo:

Daí, a regra segundo a qual no confronto de normas de hierarquia diversa, sempre que a de status inferior consagrar ampliação de direito garantido na superior, prevalecerá a primeira, numa interação dinâmica e não estática das fontes formais. (CAMINO, 2004, p. 122)

Há três teorias para a aplicação desse princípio: a teoria da acumulação, do conglobamento e da incindibilidade dos recursos. A primeira diz que todas as vantagens, sejam elas oriundas da lei ou de instrumentos normativos, devem ser acumuladas, sendo o contrato de trabalho o resultado dessa acumulação, aplicando-as simultaneamente. A segunda, também denominada teoria do conjunto, entende que se deve aplicar o conjunto normativo mais benéfico, não juntar dispositivos de vários instrumentos normativos. E, por último, a terceira teoria disciplina que devem-se considerar os institutos de direito mais favoráveis dentro de cada instrumento normativo, podendo combinar o que há de mais vantajoso em diversos textos normativos, sendo considerada essa teoria a aplicada no Brasil. (LEITE, 2016, p. 96-98)

Tem de se considerar que a definição de qual teoria é aplicada no país não é pacífica, devendo ser analisado caso a caso, podendo variar a forma de aplicação. Quando uma norma tem o poder de revogar outra, estando estas em conflito, deve-se utilizar a teoria da soma (também chamada de acumulação), devendo levar em conta as previsões contidas e cumulando os direitos, prevalecendo o que for mais favorável. Por outro lado, quando não existe a possibilidade de uma norma revogar outra, deve-se utilizar a teoria da incindibilidade dos recursos e, ainda, a jurisprudência e a doutrina dominantes consideram que a teoria do conglobamento é a utilizada no Brasil. (VECCHI, 2014, p. 185-186)

A área justrabalhista é vasta no que diz respeito às fontes que a originam, tendo que ser estabelecido um critério para sua aplicação e, como o princípio norteador do direito do trabalho é o da proteção, utiliza-se a norma mais favorável ao caso concreto para decidir tal situação. Dessa forma, o direito do trabalho não possui uma hierarquia rígida como é visto no direito

privado, sendo ela aqui flexível. Ainda, há diversas teorias para determinar a maneira de decidir qual a forma de se obter o que é mais favorável, sendo a predominante a do conglobamento.

O Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho optaram por utilizar a teoria do conglobamento para decidir qual fonte deve-se aplicar aos casos concretos, como mostra as seguintes jurisprudências:

TEORIA DO CONGLOBAMENTO - PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA - HIERARQUIA ENTRE CONVENÇÃO COLETIVA E ACORDO COLETIVO DE TRABALHO - PREVALÊNCIA DO ESPECÍFICO SOBRE O GERAL - O art. 620 da CLT prevê a prevalência das condições estabelecidas em convenção coletiva quando mais favoráveis àquelas previstas em acordo coletivo. O uso do plural ("condições") leva a conclusão de que o legislador não se afastou da teoria do conglobamento, segundo a qual cada instrumento normativo deve ser considerado no seu todo, e não cláusula a cláusula isoladamente. Não se admite, portanto, a aplicação isolada de norma de CCT, quando reguladas as relações de trabalho, no âmbito da empresa, por ACT. Com efeito, ajuste entre empresa e sindicato, celebrado sem vícios e inserido em um contexto de concessões recíprocas, encontra pleno respaldo jurídico nos princípios que regem a autonomia privada coletiva (teoria do conglobamento e princípio da adequação setorial negociada), nos textos legais (artigo 7º, inciso XXVI, da CF, e artigos 71, § 3º, e 611 da CLT) e jurisprudencial (Súmula 364, item II, do TST). Deveras, a autonomia da negociação coletiva prevista no art. 7º, inc. XXVI, da CF, deve prevalecer sobre o padrão geral heterônomo das fontes do Direito do Trabalho, corolário do princípio da adequação setorial negociada, de forma a valorizar a negociação entre os atores das relações trabalhistas (sindicato profissional, empresário e trabalhadores que, por exigência legal, aprovaram a negociação em assembléia), pois conhecem detalhadamente todo o contexto que envolve a prestação de serviços e a capacidade econômico-financeira do empregador. Jurisprudência construtivista de estímulo à negociação, sob tutela sindical, que se impõe. (PARANÁ, Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, 2014)

CONFLITO APARENTE DE NORMAS COLETIVAS. PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. TEORIA DO CONGLOBAMENTO. O conflito aparente de normas coletivas deve ser solucionado segundo o princípio da norma mais favorável ao trabalhador. No entanto, a verificação da regra mais benéfica deve ser feita de acordo com a teoria do conglobamento, ou seja, a partir da análise de cada norma como um todo, e não das cláusulas isoladamente. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, 2015)

Assim sendo, há três teorias que podem dirimir os conflitos existem entre as fontes de direito do trabalho pela Consolidação das Leis do Trabalho, quais sejam: da incidibilidade de recursos, acumulação e conglobamento. Destas, a última é a aplicada pela jurisprudência dominante nos Tribunais, por ser a mais adequada.

2.3 O conflito de normas na nova Consolidação das Leis do Trabalho

A Reforma na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Congresso Nacional, sancionada pelo Presidente da República e que entrou em vigor no dia 11 de novembro de 2017,

trouxe diversas mudanças normativas, processuais e principiológicas para o direito do trabalho, direito processual do trabalho e justiça do trabalho.

Em diversos dispositivos modificados pela Lei 13.467/17 houve precarização do trabalho e restrições aos empregados, tornando a mesma extremamente polêmica. Dentre todas as modificações, destaca-se a mudança da aplicação do direito, proposta pelo artigo 611-A¹⁰, quanto o acordado prevalecer sobre o legislado, e o artigo 620, que diz respeito aos acordos e convenções coletivas e a aplicabilidade do princípio da norma mais favorável. (SEVERO, 2017)

À luz da intervenção mínima e da autonomia da vontade, o legislador permite, no artigo 611-A que as negociações coletivas sejam superiores ao que está positivado, estabelecendo assim uma hierarquia dentro dessas fontes de direito do trabalho, não mais aplicando o princípio da norma mais favorável ao caso. Ainda, tal determinação permite que, de forma acordada, haja flexibilização de direitos frente às realidades socioeconômicas vividas pelas empresas, o que é inconstitucional visto pela ótica do artigo 7º da Constituição Federal no que concerne a visar melhoria da condição social. Permitir a renúncia de direitos é completamente contrário ao princípio da proteção, que é a base do direito trabalhista, e a forma como se dá essa hierarquização do direito, arrolando os pontos que podem ser acordados, revela “uma nova legislação, empresarial, que nega substancialmente a razão de existência do Direito do Trabalho” (SEVERO, 2017)

Além disso, a CLT de 1943 possui o artigo 620 com o seguinte texto: “As condições estabelecidas em Convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo”. Pode-se notar que o princípio da norma mais favorável era o que norteava a aplicabilidade dos acordos e convenções quando discutiam o mesmo ponto, sendo analisado

¹⁰ Art. 611-A da Consolidação das Leis do Trabalho: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.”

cada caso para haver maior proteção ao trabalhador. Entretanto, a Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe nova redação ao mesmo artigo, passando a vigorar o seguinte: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.”. Assim, os acordos sempre serão aplicados quando em conflito com as convenções, excluindo-se o princípio da norma mais favorável do âmbito das normas coletivas negociadas. (OLIVEIRA, 2017)

Considera-se essa mudança extremamente negativa, pois os acordos coletivos somente observam a realidade de uma empresa, não de um grupo de trabalhadores da mesma categoria, podendo, assim, uma mesma categoria ser tratada de formas diferentes, de acordo com a empresa em que labora, descentralizando-as. Ainda, eles serão instrumentos para que se reduzam os direitos do trabalhador, visto que a flexibilização é o princípio norteador da nova norma e que haverá pouca resistência a tal situação, afinal, o grupo de trabalhadores de uma empresa é bem menos expressivo quantitativamente do que uma categoria inteira. (OLIVEIRA, 2017)

A alteração feita pela Reforma Trabalhista não considera o viés humano e social da Constituição e das normas de Direitos Humanos ratificadas pelo país, pois não considera o princípio da norma mais favorável, que possui importância internacional, por estar implícito em diversos princípios internacionais, como é o exemplo do princípio da progressividade social. O legislador assumiu o risco de precarização do trabalho, ignorando as normas hierarquicamente superiores que protegem o empregado da regressão de seus direitos. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 275-276)

Para que haja acordos coletivos que garantam melhorias aos trabalhadores, se faz necessário que os sindicatos sejam cada vez mais representativos e tenham força frente à classe empregatícia, porém não é o que acontece com a Reforma, como se lê abaixo:

[...] a reforma proposta afeta significativamente o sindicalismo e sua capacidade de ação coletiva, introduzindo medidas que enfraquecem e esvaziam os sindicatos. Entre as alterações promovidas, destacamos as seguintes: 1) o aprofundamento da fragmentação das bases de representação sindical; 2) a prevalência do negociado sobre o legislado e a inversão da hierarquia dos instrumentos normativos; 3) a possibilidade da negociação individual de aspectos importantes da relação de trabalho; 4) a eliminação da ultratividade dos acordos e da cláusula mais favorável; 5) a representação dos trabalhadores no local de trabalho independentemente dos sindicatos; 6) a redução dos recursos financeiros aos sindicatos. (CESIT, 2017, p. 58)

Considerando especificamente o ponto 2 do texto retirado do estudo do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho (CESIT), traz-se a questão de que, no momento em que o acordado passa a ser mais importante do que o legislado, os sindicatos têm

fundamental importância para que os trabalhadores tenham melhores condições de trabalho. Porém, como há um crescimento em setores que não possuem sindicatos bem estruturados e cada dia há o surgimento de mais classes trabalhistas (com criação de sindicatos novos), os direitos dos trabalhadores serão diminuídos, afinal, frente a um empregador economicamente mais forte e ao desemprego atual, os sindicatos irão sucumbir.

Quanto às normas coletivas, o artigo 611-A esclarece quais os direitos que serão determinados por elas e, entre eles, muitos são extremamente importantes numa relação de trabalho. Diante do fato de a negociação do sindicato diretamente com o empregador ser hierarquicamente maior e os mesmos estarem enfraquecidos, haverá a diminuição de direitos pelo fato de não ter condições de um enfrentar o outro, sendo que o mais forte economicamente prevalecerá. Assim sendo, os trabalhadores acreditarão cada vez menos no poder negociativo dos sindicatos. (CESIT, 2017, p. 59)

Com a hierarquização das fontes de direito, as teorias para solucionar o conflito entre as mesmas não se fazem mais necessárias, porém, há outra teoria que explica a opção do legislador por essa hierarquia, chamada Teoria da Especificidade. Segundo ela, deve ser utilizada a norma de caráter específico àquela empresa, não a norma geral, oriunda de convenção coletiva. Justifica-se tal entendimento pelo fato de que empresas de um mesmo ramo empresarial podem ter realidades econômicas diferentes, não podendo todas atenderem às normas definidas pela convenção. Assim, se faz necessário a utilização de acordos coletivos para que haja adequação dos direitos à realidade vivida pela empresa. Pelo contexto de crise vivido mundialmente, essa é a teoria aplicada internacionalmente para que se possa equilibrar a economia e, ainda assim, buscar melhores direitos para os trabalhadores. (NASCIMENTO, 2014, p. 539-540)

A Teoria da Especificidade está intimamente ligada ao princípio da adequação ou adaptação. Ele disciplina que a negociação coletiva deve estar adequada à realidade socioeconômica da empresa, da época e, até mesmo, da região em que se situa, sendo que a mesma deve se moldar a cada situação devida, como, por exemplo, diminuição de direitos à categoria para que haja equilíbrio financeiro e não seja necessária a utilização de dispensas para amenizar a dificuldade. (CASSAR, 2015, p. 1.281)

Assim, os acordos coletivos, por serem feitos diretamente com as empresas, possuem maior facilidade de se moldar à realidade vivida do que as convenções coletivas, que são negociadas em um âmbito muito maior. Porém, para que haja a melhoria dos direitos trabalhistas, se faz necessário o fortalecimento sindical e a união dos trabalhadores, o que não é visto com a Reforma Trabalhista.

Dessa forma, com a reforma na CLT, o legislador optou por positivar uma hierarquia a ser seguida, qual seja: normas coletivas prevalecem frente à legislação e, dentre as normas, acordos coletivos sempre prevalecerão frente a convenções coletivas, sendo relativizada, dessa forma, o princípio da proteção e os demais princípios decorrentes dele. Com isso, houve a determinação de que a teoria a ser seguida para dirimir os conflitos é a teoria da especificidade, pois é a que permite a adequação das normas e da aplicação das fontes pela realidade vivida pelas empresas.

3 CONTRATO COLETIVO DE TRABALHO

No presente capítulo, analisa-se o princípio da autonomia privada coletiva e a sua atuação frente aos direitos fundamentais. Ainda, há um estudo com relação às formas de contratação permitidas pelo direito do trabalho.

3.1 O princípio da autonomia privada coletiva

O direito coletivo de trabalho constitui um sistema unitário, sendo considerado um segmento especializado e, por esse motivo, possui princípios, regras e categorias próprias e interligadas. O elemento básico é centrado nas relações jurídicas coletivas, que se encontra em ambos os polos da relação, sendo o ser coletivo empresarial e o ser coletivo trabalhador, especialmente os sindicatos.

Como todo segmento jurídico, possui princípios que são formados a partir do ser coletivo, suas prerrogativas e a importância que os sujeitos possuem nas relações pelos interesses particulares que defendem. Tais princípios podem ser classificados em três grupos, de acordo com os objetivos e a matéria a que dizem respeito. O primeiro grupo é chamado de “assecuratório das condições de emergência e afirmação da figura do ser coletivo obreiro”, que viabiliza a criação de organizações coletivas de trabalhadores e em que estão os princípios da liberdade associativa e sindical e da autonomia sindical. (DELGADO, 2013, p. 1340-1342)

O segundo grupo diz respeito a “princípios que tratam das relações entre os seres coletivos obreiros e empresariais, no contexto da negociação coletiva”, sendo esses responsáveis por conduzir as relações do direito coletivo, como é o exemplo do princípio da equivalência dos contratantes coletivos e da lealdade e transparência nas negociações coletivas. Por último, há os “princípios que tratam das relações e efeitos perante o universo e comunidade jurídica das normas produzidas pelos contratantes coletivos”, que orienta as relações das normas coletivas e as normas heterônomas do direito individual do trabalho, como faz o princípio da adequação setorial negociada. (DELGADO, 2013, p. 1340-1342)

O princípio da autonomia, elencado no primeiro grupo principiológico, advém do poder de negociar coletivamente direitos e deveres. A palavra autonomia tem origem do grego, no qual *autos* significa próprio e *nomos*, lei, ou seja, ela significa a faculdade de legislar a si, de governar-se por suas próprias leis. Ela advém do liberalismo e do voluntarismo jurídico, que permitiram que a vontade dos indivíduos do direito se tornasse fonte de direito. (ROMITA, 2016, p. 53)

Num contexto histórico, primeiro surgiu a autonomia privada individual, reconhecida a partir da Revolução Francesa, sendo uma forma de transformar a vontade dos indivíduos em autorregramento, utilizando-se contratos privados regidos pelo princípio *pacta sunt servanda*, ou seja, um regulamento próprio, para governar as próprias relações e interesses, regido pela máxima de que os pactos acordados devem ser cumpridos. Tal autorregramento era reconhecido pelo ordenamento jurídico para que tivesse validade e eficácia. (SANTOS; FARINA, 2013, p.73)

Logo após, a Revolução Industrial ocorrida entre o século XV e XVIII, fortaleceu a autonomia privada, elevando seu patamar e se tornando essencial ao ordenamento capitalista, ampliando-se para autonomia privada coletiva, também conhecida como autonomia sindical. Essa, por sua vez:

diz respeito à autonomia do sindicato quanto à sua criação, elaboração de seus estatutos, registro sindical, autonomia e garantias constitucionais contra a ingerência governamental, assim como a autonomia do sindicato em estabelecer normas, culminando nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) e Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) (SANTOS; FARINA, 2013, p.73)

Num primeiro momento, as organizações sindicais foram proibidas, sendo até mesmo punidas por serem consideradas criminosas. Inglaterra, Alemanha e Itália passaram a permitir tal associação e, após os sindicatos serem reconhecidos como representantes, foram considerados órgãos do Poder Público. Tal modelo era predominante, principalmente na Itália, onde o Estado possuía total controle sobre as entidades sindicais, contudo, desde o início, os sindicatos buscavam melhorias nas condições de trabalho, sendo o meio mais eficiente para a solução de conflitos. Nos países menos desenvolvidos industrialmente, as negociações feitas a partir dos sindicatos surgiram a partir de leis, para então serem aplicadas em casos práticos. (SANTOS; FARINA, 2013, p.73-74)

No Brasil, antes de 1930, existiam sindicatos, porém a autonomia dos mesmos possuía restrições, decorrentes da fragilidade do Direito do Trabalho, que não era considerado nem um ramo jurídico. No início, a política liberal individualista da República Velha dominava o ramo, pois a regulamentação do mercado de trabalho e espaço para os movimentos sociais não se justificavam no cenário da época. A partir da década de 30 instaurou-se um sistema sindical no país, autoritário, sob controle político e administrativo do ente estatal, cuja autonomia possuía apenas caráter publicista, uma vez que os sindicatos não detinham controle sobre si mesmos. (DELGADO, 2013, p. 1348-1349)

Mesmo com o fim da Era Vargas, em 1945, a autonomia sindical não foi efetivada, mesmo estando prevista na Constituição de 1946. O regime militar de 1964 ajustou a força sindical para suas pretensões antidemocráticas nas duas Constituições editadas. Somente em 1988, com a Constituição que é vigente até hoje, é que o princípio da autonomia sindical realmente foi efetivado no sistema jurídico nacional, retirando o controle do Estado sobre sua estrutura¹¹ e dando aos sindicatos mais prerrogativas¹², porém ainda existem características do corporativismo, como, por exemplo, a unicidade sindical¹³. (DELGADO, 2013, p. 1349-1350)

A autonomia privada coletiva é o reconhecimento do Estado de grupos associativos e de seu poder de regular seus interesses. Tal autonomia diz respeito à organização (elaborar seu próprio estatuto), negociação (por meio de convenções coletivas), administração (eleger diretoria e administrar-se) e a autotutela (meio de solução de conflitos próprios, como a greve). (NASCIMENTO, 2014, p. 1359)

Quanto à organização, a principal configuração é a dos sindicatos, que passam o diálogo trabalhista do individual para o coletivo, buscando melhorias para o todo com mais facilidade, pois minimizam a subordinação e a hipossuficiência entre as partes. Cabem escolhas, por exemplo, acerca dos critérios de representação, se haverá um sindicato por categoria, por indústria ou por local. A liberdade para tanto sofre restrições envolvendo a pluralidade e a unicidade sindical, que é a permissão legal para a configuração da organização em determinado local. (NASCIMENTO, 2005, p. 146-148)

A liberdade para se administrar é resultado da liberdade sindical, possuindo uma democracia interna para que haja legitimidade do sindicato e possam ser escolhidos seus diretores. A principal crítica sofrida neste caso é a falta de forma fixada para tal eleição, podendo ser direta, indireta, por aclamação ou voto secreto. Outro ponto com relação a administração é a autarquia externa, que é a liberdade inerente ao sindicato de poder administrar-se sem interferências externas, principalmente vindas do Estado. Ainda, é um meio

¹¹ Artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

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

¹² Artigo 7º da Consolidação das Leis do Trabalho: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;”

Artigo 8º da Consolidação das Leis do trabalho: “[...] III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; [...]

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

¹³ Artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho: “[...] II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;”

de coibir práticas antisindicaais, como é o exemplo do empregador interferir no sindicato dos trabalhadores e vice-versa. (NASCIMENTO, 2005, p. 146-148)

Com relação a autotutela, Lima Filho afirma que:

Quanto à faculdade de auto-tutela, consubstanciada no direito de greve e na promoção de conflitos coletivos – aparece especialmente para confirmar e apoiar a existência de um poder organizado. Por essa razão sua conexão com a negociação coletiva é produzida em nível de princípio constituindo assim, um par de elementos inseparáveis reciprocamente condicionados. (LIMA FILHO, 2014)

Isto é, de acordo com o pensamento do autor, a autotutela está intimamente ligada ao direito à greve, assegurado pela Constituição Federal de 1988¹⁴ e regulamentado pela Lei 7.783/89, que é um direito individual exercido de forma coletiva. Ainda, ela também é exercida pelos conflitos coletivos, que são litígios entre a coletividade de empregados e os empregadores, principalmente sobre as condições de trabalho.

A negociação coletiva, outro aspecto e, também, efeito da autonomia privada coletiva é considerada uma fonte material de direito do trabalho, criando, modificando ou suprimindo direitos em relação às condições de trabalho, além de servir como meio de autotutela. Exerce função política, pois facilita o diálogo de grupos com interesses diversos, função econômica, porque as normas criadas distribuem valores e possuem caráter de concessão, e função social, visto a participação efetiva dos trabalhadores em decisões de caráter empresarial. Por ser mais flexível do que a própria lei, adequa interesses coletivos de acordo com a realidade individual de cada situação. (CASSAR, 2015, p. 1.299)

Porém, entende-se que:

[...] é certo que a negociação coletiva, não obstante a sua importância e a autonomia privada coletiva das partes, encontra limites nas normas de ordem pública, porque são estas inderrogáveis ao talante das partes ou de quem quer seja, diante do conteúdo que visam proteger, qual seja, o interesse público. Nesse sentido é a jurisprudência sedimentada do TST, que reconhece, por exemplo, o limite mínimo de uma hora para refeição e descanso estabelecido no artigo 71 da CLT como norma de ordem pública, porque estabelecido com base médica-psicológica-psiquiátrica, como necessário para o trabalhador fazer uma adequada refeição, descansar e se recuperar do desgaste físico e mental da primeira parte da jornada (MELO, 2016)

¹⁴ Artigo 9º da Consolidação das Leis do Trabalho: “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender.

§ 1º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

§ 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.”

Dessa forma, há limites impostos à autonomia privada coletiva para proteção de direitos fundamentais dos trabalhadores, como é exemplo da Súmula n. 437, inciso II¹⁵, que protege o trabalhador do exemplo citado acima. Essa limitação decorre do fato de os contratos individuais de trabalho estarem sob a égide da proteção e da indisponibilidade, assim, desde que seja permitida por normas de ordem pública, entende-se que poderá ser objeto de negociações coletivas o que for mais benéfico que a lei. Negociações *in pejus* são consideradas exceções e não podem versar sobre direitos considerados mínimos. Ou seja, “a negociação coletiva é livre no sistema jurídico brasileiro no tocante aos direitos de indisponibilidade relativa, respeitadas as normas de ordem pública, de indisponibilidade absoluta, que são inderrogáveis ao talante das partes.” (MELO, 2016)

O princípio da autonomia privada coletiva permite que os trabalhadores defendam seus interesses individuais por meio de organizações, em sua maioria os sindicatos, que agem de forma coletiva. Para que isso seja possível, eles possuem prerrogativas referentes à organização, administração, autotutela e negociação, sendo essa última uma fonte de direito do trabalho.

3.2 As formas de contratação

Segundo a doutrina de Direito Civil, o contrato é a mais importante fonte de obrigação, decorrente de sua repercussão no plano jurídico. Ele é um negócio jurídico que necessita de, pelo menos, duas partes para ser realizado, e que tem como fundamento a vontade humana, para adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. (GONÇALVES, 2016, p. 21-22)

No direito do trabalho, as relações trabalhistas são compostas por meio de contrato definido como “negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante outra pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços”. (DELGADO, 2013, p. 504). Nesse conceito, podem-se perceber quatro elementos sem os quais não está configurada a relação empregatícia: pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

¹⁵ Súmula n. 437 do Tribunal Superior do Trabalho: “INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais nºs 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 [...] II - É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva.”

Os elementos que definem o contrato de trabalho estão identificados no artigo 442 da CLT¹⁶, quais sejam: convergência de vontades e consensualidade. Por se tratar de um acordo, subentende-se que as vontades não são iguais e chegam a um ponto comum. Porém, há exceções à regra quanto a relações trabalhistas sem acordos de vontade, em que as mesmas se fazem pela vontade do Estado, como é o exemplo do princípio da sobreposição automática da norma tutelar, no qual a cláusula do contrato mínimo se sobrepõe à cláusula acordada divergente da lei. Já a consensualidade é considerada natural e, pelo princípio da primazia da realidade, verifica-se sem formalidades, bastando ser expressa tacitamente. (CAMINO, 2004, p. 250-256)

Quanto às características do contrato de trabalho, é possível listar seis delas, que são: consensualidade, que dispensa formalidades, sendo necessário apenas à oferta e aceitação do trabalho; *intuitu personae*, pois a prestação do serviço é infungível e a vinculação pessoal; contrato sinalagmático, também conhecido como bilateralidade, em que o empregado se obriga a prestar os serviços e o empregador obriga-se a pagar o salário correspondente; comutatividade, que diz respeito à reciprocidade nas obrigações; trato sucessivo, pelo princípio da continuidade da relação empregatícia há determinação da execução de forma sucessiva; onerosidade, porque o empregado vende sua força de trabalho em troca de um salário, que tem natureza alimentar. (CAMINO, 2004, p. 250-256)

Existem dois tipos de contrato: por tempo indeterminado e por tempo determinado. O primeiro diz respeito a contratos que não possuem termo extintivo fixado desde a sua pactuação, tendo duração por prazo indeterminado. Constitui regra geral dos contratos, visto garantir a efetividade do princípio da continuidade da relação de emprego e gerar mais direitos ao trabalhador, sendo uma forma de protegê-lo. É a norma constitucional, expressa no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal¹⁷, que determina essa forma contratual como preferencial e, ainda, é presumida tal situação, segundo a Súmula n. 212 do TST¹⁸, se não estiver expreso no contrato o contrário. (VECCHI, 2014, p. 516)

Como efeito desse tipo de contrato, pode-se citar a interrupção e suspensão contratual, que diz respeito a não possibilidade de dispensa do empregado quando há casos de afastamento

¹⁶ Artigo 442 da Consolidação das Leis do Trabalho: “Contrato individual de trabalho é o acordo tácito ou expreso, correspondente à relação de emprego.”

¹⁷ Artigo 7º, inciso I da Consolidação das Leis do Trabalho: “I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

¹⁸ Súmula n. 212 do Tribunal Superior do Trabalho: “DESPEDIMENTO. ÔNUS DA PROVA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

O ônus de provar o término do contrato de trabalho, quando negados a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado.”

previdenciário por até 15 dias (interrupção) ou após 15 dias (suspensão), por exemplo; a estabilidade e garantias especiais de emprego, como exemplo do acidentado, da gestante e do dirigente sindical, que não podem ter seus vínculos empregatícios rompidos enquanto a situação que lhes dê garantia estiver acontecendo; e os efeitos rescisórios, dando o direito a verbas rescisórias específicas, como o aviso prévio de 30 dias e 40% suplementar sobre o FGTS, por exemplo, que são devidas de acordo com o tipo de causa que resultou na ruptura contratual. (DELGADO, 2013, p. 534-536)

O segundo tipo de contrato, por tempo determinado, é também chamado de contrato a termo e é considerado uma exceção, sendo pactuado somente nas hipóteses permitidas pela lei. Esse tipo de contrato é utilizado para serviços que possuam natureza ou transitoriedade que os justifique e são celebrados com especificações claras das características, efeitos e regras que seguirão, com período temporal previamente fixado, não possuindo efeitos acerca da interrupção e suspensão do contrato, nem das garantias empregatícias. O termo do contrato pode ser fixo (com data prefixada, ex.: contrato de experiência), previsto pela execução dos serviços especificados (finalização do objeto para o qual foi pactuado o contrato) e previsto pela execução de acontecimento que pode ter previsão aproximada (ou seja, estipulação do termo, ex.: contrato de safra). (DELGADO, 2013, p. 537-545)

De acordo com a CLT¹⁹, os contratos por prazo determinado, em regra geral, não podem ter vigência maior do que dois anos, sendo que cada espécie de contrato tem seu prazo específico e, caso exceda o prazo máximo, o contrato se torna, automaticamente, por prazo indeterminado, passando a vigorar com os direitos a ele inerentes. O contrato pode ser prorrogado por uma vez, de acordo com o artigo 451, caput, da CLT²⁰, desde que a soma dos dois períodos não ultrapasse o prazo máximo permitido. (DELGADO, 2013, p. 537-545)

Existem diversas espécies de contrato a termo, com características e regras próprias, entre eles: contrato de experiência, contrato de aprendizagem, contrato por safra, contrato de trabalho temporário e contrato a prazo, previsto na Lei 9.601/98. Analisar-se-á cada um deles.

O contrato de experiência, também chamado de contrato de prova, deve ser estabelecido formalmente, com anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS). Para que não seja considerado uma fraude, além da formalidade, é necessário que o estágio seja real e que a atividade a ser desempenhada necessite realmente de tal prova, que deve ser com relação às

¹⁹ Artigo 445, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho: “O contrato de trabalho por prazo determinado não poderá ser estipulado por mais de 2 (dois) anos, observada a regra do art. 451.”

²⁰ Artigo 451 da Consolidação das Leis do Trabalho: “O contrato de trabalho por prazo determinado que, tácita ou expressamente, for prorrogado mais de uma vez passará a vigorar sem determinação de prazo.”

habilidades do indivíduo, e não de sua personalidade. A vigência do contrato pode ser de até 90 dias, podendo ser prorrogado uma vez, desde que a prorrogação não ultrapasse 90 dias e, em caso de despedida durante a vigência, o empregado tem direito a receber aviso prévio (se existir cláusula de rescisão antecipada) e metade do pagamento do salário do restante do contrato. No tocante às garantias provisórias de empregado, mesmo no contrato por prazo determinado, elas são válidas, tomando como exemplo a garantia da mulher gestante, assegurada pela Súmula n. 244, III do TST²¹ e do acidentado, afirmada pela Súmula n. 378, III do TST²². (LEITE, 2017, p. 410-413)

O contrato de aprendizagem, segunda espécie de contrato a termo, é disciplinado pelos artigos 60 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e pelos artigos 428 e seguintes da CLT. Esse contrato deve ser escrito, com diversos requisitos formais²³ e compromete o empregador a formar técnico-profissionalmente, por meio de atividades práticas e teóricas, com progressiva complexidade, maiores de 14 anos e menores de 24 anos que estejam inscritos no programa de aprendizagem. É obrigatório que estabelecimentos que possuam funções com formação profissional, tenham uma porcentagem de aprendizes, que varia de acordo com o número de trabalhadores que a empresa possui e, esses aprendizes devem estar matriculados em Serviços Nacionais de Aprendizagem. Estão dispensadas dessa obrigatoriedade as entidades que não possuem fins lucrativos e nas em que a formação profissional seja seu objetivo, segundo o §1º-A do artigo 429 da CLT²⁴. (VECCHI, 2014, p. 545-546)

O salário devido ao aprendiz é determinado pelo parágrafo 2º do artigo 428 da CLT²⁵, devendo ser pago por hora. Sua carga horária não poderá ultrapassar seis horas, podendo ser de

²¹ Súmula n. 244 do Tribunal Superior do Trabalho: “GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

[...] III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.”

²² Súmula n. 378 do Tribunal Superior do Trabalho: “ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 118 DA LEI Nº 8.213/1991. (inserido item III) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

[...] III - O empregado submetido a contrato de trabalho por tempo determinado goza da garantia provisória de emprego decorrente de acidente de trabalho prevista no art. 118 da Lei nº 8.213/91.”

²³ Artigo 428, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “A validade do contrato de aprendizagem pressupõe anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, matrícula e frequência do aprendiz na escola, caso não haja concluído o ensino médio, e inscrição em programa de aprendizagem desenvolvido sob orientação de entidade qualificada em formação técnico-profissional metódica.”

²⁴ Artigo 428, § 1º-A, da Consolidação das Leis do Trabalho: “O limite fixado neste artigo não se aplica quando o empregador for entidade sem fins lucrativos, que tenha por objetivo a educação profissional.”

²⁵ Art. 428, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “Ao aprendiz, salvo condição mais favorável, será garantido o salário mínimo hora.”

até oito para os que já tiverem completado o Ensino Médio e que, nessas horas, já estejam inclusas as horas de aprendizagem. O percentual de 2% devido de FGTS não é constitucionalmente correto, pois foi fixado por uma alteração legislativa, sendo que antes era de 8%, violando o princípio da norma mais favorável, o da proibição ao retrocesso social e o da isonomia, pois tal percentual é diferente dos demais. O período de vigência do contrato não poderá exceder dois anos, salvo aprendiz portador de deficiência, podendo ser rescindido por questões relacionadas ao desempenho ou faltas do aprendiz ou por pedido de demissão. (VECCHI, 2014, p. 546-547)

O contrato por safra é regulamentado pela Lei nº 5.889/73 e pelo Decreto nº 73.626/74 e é considerado um “[...] pacto empregatício rural a prazo, cujo termo final seja fixado em função das variações estacionais da atividade agrária.” (DELGADO, 2013, p. 561). O tipo de serviço a ser prestado é justificativa para que esse contrato seja por prazo determinado, sendo que o termo é incerto, podendo ser fixado pela execução dos serviços, quando diz respeito ao plantio ou colheita, ou por acontecimento que tenha previsão aproximada, tendo como exemplo o final do período da safra. Ele pode ser pactuado de forma tácita, aplicando o princípio da primazia da realidade para sua comprovação, e suas regras são as gerais do contrato por prazo determinado, já descritas acima. (DELGADO, 2013, p. 561-562)

Há, ainda o contrato rural por pequeno prazo, cuja duração é de até dois meses, previsto no artigo 14-A na Lei do Trabalho Rural²⁶, inserido pela Lei nº 11.718/08. O caput do referido artigo expressa que esse contrato pode ser feito por produtor rural pessoa física para atividade temporária, ou seja, pode ser feito fora das atividades ligadas à safra, como, por exemplo, para melhorias das instalações ou equipamentos da fazenda. A forma de pactuação do contrato está descrita nos parágrafos 2º e 3º do artigo 14-A da Lei 5.889/73²⁷, o empregado possui todos os

²⁶ Artigo 14-A, caput, da Lei nº 5.889/73: “O produtor rural pessoa física poderá realizar contratação de trabalhador rural por pequeno prazo para o exercício de atividades de natureza temporária.”

²⁷ Artigo 14-A, §2º e §3º, da Lei nº 5.889/73: “§2º A filiação e a inscrição do trabalhador de que trata este artigo na Previdência Social decorrem, automaticamente, da sua inclusão pelo empregador na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, cabendo à Previdência Social instituir mecanismo que permita a sua identificação.

§ 3º O contrato de trabalho por pequeno prazo deverá ser formalizado mediante a inclusão do trabalhador na GFIP, na forma do disposto no § 2º deste artigo, e:

I – mediante a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e em Livro ou Ficha de Registro de Empregados; ou

II – mediante contrato escrito, em 2 (duas) vias, uma para cada parte, onde conste, no mínimo: a) expressa autorização em acordo coletivo ou convenção coletiva;

b) identificação do produtor rural e do imóvel rural onde o trabalho será realizado e indicação da respectiva matrícula;

c) identificação do trabalhador, com indicação do respectivo Número de Inscrição do Trabalhador – NIT.”

direitos inerentes ao contrato a termo, sendo que as parcelas em dinheiro devem ser calculadas por dia e pagas mediante recibo. (DELGADO, 2013, p. 563-564)

O contrato de trabalho temporário surgiu pela Lei 6.019/74 e “[...] é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou a acréscimo extraordinário de serviços.” (VECCHI, 2014, p. 544). Há também a figura da empresa de contrato temporário, que é uma pessoa física ou jurídica que dispõe de trabalhadores qualificados para trabalharem temporariamente em outras empresas, ou seja, o trabalhador tem vínculo com uma empresa, mas presta serviço em outra. O contrato deve ser escrito, constando na CTPS a condição de empregado temporário, sendo nulo caso não haja observância de tal regra, acarretando em contrato por prazo indeterminado com a empresa em que ele está tomando o serviço. O prazo de duração máximo é de três meses, podendo ser prorrogado somente se houver autorização do Ministério do Trabalho, tendo os trabalhadores direito a receber salário igual aos demais da tomadora de serviço. (VECCHI, 2014, p. 543-545)

A Lei 9.601/98, com intuito de flexibilizar as relações de emprego e a proteção ao trabalhador, estabelece o contrato por tempo determinado, que atrita em diversos pontos com o previsto na Constituição Federal. Prevê que convenções e acordos coletivos possam instituir contratos a termo, independente das condições consideradas obrigatórias, para qualquer atividade e para acrescentar o número de empregados, estabelecendo indenizações por rescisão antecipada e multas por descumprimento de cláusulas. Ainda, permite que o contrato seja prorrogado sem limitações e distingue, com relação ao FGTS, os empregados por tempo indeterminado (alíquota de 8%) e por tempo determinado (alíquota de contribuição de 2%). O contrato, celebrado por meio dessa lei, precariza o trabalho, colidindo com diversos princípios fundamentais, como, por exemplo, o do valor social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (LEITE, 2017, p. 414-418).

Dessa forma, o direito brasileiro admite diversas formas de contratação, sendo que a regra geral é de que o contrato de trabalho seja pactuado por prazo indeterminado, para melhor condição do empregado e para a aplicabilidade do princípio da continuidade. Porém, existem exceções previstas para que o contrato seja feito por prazo determinado, cada espécie com suas características e previsões próprias, mas sempre em busca de melhores condições para a parte mais vulnerável da relação de emprego, e sem distinções quanto aos direitos para os trabalhadores contratados, de forma indeterminada e de forma determinada.

3.3 A autonomia privada coletiva e os direitos fundamentais

Os direitos fundamentais do trabalho, que integram o rol existente na Constituição Federal de 1988, sejam eles coletivos ou individuais, são considerados uma inovação. Tais direitos são a concretização do valor social do trabalho, um dos fundamentos da República, e, por isso, é tão importante que a CLT e demais legislações infraconstitucionais não as flexibilizem e que sua interpretação e aplicação se dê à luz da Constituição.

Para definir os direitos fundamentais, utiliza-se os direitos humanos como sinônimo, pois os mesmos foram criados para proteger as pessoas do poder do Estado, porém há diferença entre eles no que diz respeito a:

É comum se afirmar que os direitos humanos estão em uma instância mais abstrata em relação aos chamados “direitos fundamentais”. Os direitos humanos são tratados como direitos inalienáveis, que têm sua origem na própria natureza humana e que aspiram à validade universal, sem estarem adstritos a uma determinada ordem constitucional. Assim, estariam previstos em documentos internacionais e não possuiriam, em regra, meios jurídicos eficazes para sua exigência. Por sua vez, os direitos fundamentais são considerados aqueles direitos humanos que estão consagrados, positivados, que têm previsão precisa e restrita, estando em consonância com uma determinada ordem constitucional; existe, assim, em caso de violação, a previsão de um recurso judicial para sua exigência e sua concretização prática. (VECCHI, 2014, p. 206)

A Constituição de 1988 faz com que os direitos fundamentais estejam acima do restante do ordenamento, sendo utilizados como limites e vínculos a todas as atividades, sejam elas públicas ou privadas. Para a validade dos atos, é necessário analisar a observância deles conforme o que é explícito nos direitos fundamentais. Ao Estado cabe, além de oferecer as garantias mínimas, determinar formas de controle para reprimir a violação de tais direitos. (SILVA, 2017, p. 03-04)

Existem dois aspectos sob os quais podem-se observar os direitos fundamentais. O primeiro é o aspecto formal, em que os direitos podem ser encontrados na Constituição, previstos, para o direito do trabalho geral, em incisos dos artigos 1º, 3º a 6º e, para o direito do trabalho subordinado, nos artigos 7º a 11. O segundo, aspecto material, considera todos os direitos que possuem valores básicos, estejam eles na forma de princípios, em normas constitucionais ou infraconstitucionais, como é o exemplo do caráter progressista do direito do trabalho, que confere-lhe sentido para reduzir desigualdades sociais e não é elencado como direito fundamental. (COUTINHO; et, al., 2004)

A função dos direitos fundamentais pode ser vista sob duas dimensões: subjetiva e objetiva. A subjetiva diz respeito à posição do indivíduo no campo jurídico e sua capacidade de

ser titular de direitos, exigindo, assim, ações ou omissões do Estado ou de outros indivíduos, podendo cobrar os mesmos judicialmente. (MARTINS, 2014). Já a segunda dimensão obriga o Estado a exercer os direitos fundamentais e, ainda, proteger os indivíduos, pelos poderes sociais e econômicos, ou seja, os direitos são referências normativas, visto em seu conjunto, para tudo o que for infraconstitucional. (LEDUR, 2011, p. 165)

Na prática, os direitos dos trabalhadores considerados como fundamentais possuem diversas consequências para que se tornem efetivos. Eles devem ser interpretados e aplicados da forma mais favorável, pois são considerados direitos mínimos, o núcleo básico de valores, e buscando maior eficácia, impedindo que eles sejam desgastados pelas leis infraconstitucionais. Ainda, o legislador sempre deve estar vinculado a eles, para proteger, efetivar e dar eficácia aos direitos, pois se as normas não estiverem de acordo, são consideradas inconstitucionais, infringindo o princípio da norma mais favorável e da proibição do retrocesso social. (VECCHI, 2014, p. 223-230)

Além disso, os direitos fundamentais são protegidos com cláusula pétrea, nos termos do §4º do artigo 60 da Constituição²⁸, não estando à disposição de nenhum meio para serem reformados. Também há restrição às limitações para tais direitos, que devem ser consideradas dessa forma, a fim de que não haja flexibilização dos mesmos. (VECCHI, 2014, p. 223-230). Ainda a respeito da flexibilização, o autor entende que:

As restrições aos direitos fundamentais, sejam elas advindas de emendas constitucionais, leis infraconstitucionais, normas coletivas (acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho) ou negociações individuais, não podem simplesmente aniquilar com um direito fundamental, pois devem passar pelos testes de proporcionalidade/razoabilidade, bem como deve ficar preservado o seu núcleo essencial, sem que, caso esteja afetado pela restrição, a mesma se torna inconstitucional. (VECCHI, 2014, p. 228)

Historicamente, os trabalhadores sempre lutaram e conquistaram seus direitos e a classe empregadora procurava limitá-los. A globalização e o neoliberalismo, somado a isso, fizeram surgir os defensores da flexibilização das condições de trabalho, que utilizavam o discurso de que essa seria a melhor forma de passar por crises sem que se necessitasse fazer manutenção dos postos de trabalho. Para a redução de custos, ampliação de lucros e maior competitividade, empresas desregulamentavam o trabalho para seu benefício, lesando a dignidade do

²⁸ Artigo 60, §4º, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
I - a forma federativa de Estado;
II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
III - a separação dos Poderes;
IV - os direitos e garantias individuais.”

trabalhador, tornando as jornadas de trabalho mais extensas e repouso e férias insuficientes, por exemplo. Dessa forma, sob essa perspectiva, o direito fundamental se torna um obstáculo ao progresso econômico e, assim, “fala-se na flexibilização dos princípios e na desregulamentação, abrindo campo propício à autocomposição, através de contratos coletivos.” (COLUSSI, 2003, p. 96)

A OIT publicou um estudo em 2000 sobre a flexibilidade, segundo a qual o conceito de emprego flexível diz respeito a um trabalho que não tenha tempo completo, com duração definida, como é o caso dos contratos por tempo determinado, e que considere diversos fatores (sexo, idade, capacitação) para que determine a antiguidade no emprego. Além disso, a remuneração deve estar vinculada ao rendimento, o tempo de trabalho considerado por ano e as horas extraordinárias compensadas de forma diferente, como, por exemplo, com horas livres. Destaca que a forma adequada para flexibilizar se dá através da lei e das convenções coletivas, pois, com o enfraquecimento do poder sindical e a redução dos filiados, os sindicatos podem considerar tal política. Ainda, indica a descentralização das negociações coletivas e que ela permita que empregados e empregadores encontrem a solução viável para cada caso concreto, a fim de existir uma melhor relação entre eles. (NASCIMENTO, 2014, p. 279-280)

Há uma classificação de flexibilização, que diz respeito: quanto à finalidade (preservar ordem pública social e retirada de direitos adquiridos), quanto ao conteúdo (podendo ser jurídico-normativo – completamente legislado, misto – combinando leis e contratos coletivos, ou aberto – sem intervenção do Estado), quanto as formas de contratação (uso de contratos a termo e terceirização), quanto aos direitos do trabalhador (como, por exemplo, compensação de horários e redução de salários) e quanto às *funções do direito do trabalho* (proteção para bens jurídicos que não podem ser flexibilizados, como é o exemplo do direito à vida). (NASCIMENTO, 2014, p. 284-285)

Antes da Consolidação das Leis do Trabalho ser reformada, existiam possibilidades e limites para a negociação coletiva quanto ao que poderia ser passível de mudanças, pois existiam diversas restrições nas leis infraconstitucionais e na própria Constituição. O princípio da adequação setorial negociada indicava compatibilidade entre as regras advindas de negociações coletivas e as originárias das leis, fazendo com que as normas coletivas prevalecessem sobre as demais se cumprissem os seguintes critérios: implementar padrão maior do que o já existente ou transacionar parcelas de indisponibilidade relativa. Quanto ao segundo

critério, as parcelas permitidas se qualificavam pela sua natureza ou por existir permissão legal para isso, como é o exemplo do salário²⁹ e da jornada³⁰. (DELGADO, 2013, p. 1434-1435)

As possibilidades não eram irrestritas, pois havia limites objetivos à criação de normas pelas negociações coletivas. Somente prevalecia a norma coletiva se fosse realizada por transação, ou seja, se houvesse cedência recíproca e acordo entre as partes, e não renúncia apenas de um dos lados; ainda, não havia prevalência se a negociação fosse a respeito de direitos absolutamente indisponíveis, considerados aqueles que determinam o mínimo para a proteção do indivíduo, sob pena de insultar princípios fundamentais, como o da dignidade da pessoa humana. (DELGADO, 2013, p. 1436-1437)

A Reforma Trabalhista de 2017 trouxe diversas alterações na aplicação das negociações coletivas, sendo o norteador de tal Reforma, no que tange ao direito coletivo, o que está expresso no caput do artigo 611-A: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei [...]”. A aplicação e consequências dessa mudança já foram explicadas neste trabalho. Importante ressaltar que o legislador, no artigo 611-B³¹, elencou direitos fundamentais que não são passíveis de serem negociados, deixando claro que alterações *in pejus* desses são consideradas ilícitas. (MANTOVANI, 2018)

Apesar da expressão “exclusivamente” contida no caput do artigo 611-B, entende-se que os direitos protegidos pela Reforma não são taxativos, pois o rol não contempla direitos relacionados com a dignidade e a honra, por exemplo, garantidos pela Constituição. Dessa forma, não resta dúvida de que existem outros vícios que podem tornar a negociação coletiva ilícita, mesmo que a Reforma tenha dificultado a atuação do Judiciário, diminuindo sua atuação, restringindo hipóteses de nulidades das negociações, adotando, dessa forma, o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, refletido no §1º do artigo 611-A³² e no §3º do artigo 8º da CLT³³. (CASSAR, 2018, p. 258-259)

²⁹ Artigo 7º, IV, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;”

³⁰ Artigo 7º, XIII e XIV, da Constituição Federal: “[...] XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

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

³¹ Artigo 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho: “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: [...]”

³² Artigo 611-A, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.”

³³ Artigo 8º, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.”

Dessa forma, a Reforma Trabalhista de 2017 colocou a autonomia e o potencial do empregador à negociação em debate, pois, em se tratando de uma relação entre partes desiguais e dos direitos trabalhistas possuírem caráter alimentar, a possibilidade de negociação de vantagens importantes se torna um ponto de muito sensível, visto a flexibilização ser utilizada como instrumento para a supressão de direitos.

4 A APLICABILIDADE DA ULTRATIVIDADE E A REFORMA TRABALHISTA

O presente capítulo analisa aspectos gerais que envolveram a elaboração e aprovação da Lei 13.467/2017, com uma breve pesquisa acerca de reformas feitas ao longo dos anos. Estuda-se o princípio da ultratividade, com o seu conceito e formas como pode ser aplicado, além de trazer divergências jurisprudenciais e como a Reforma tratou o tema.

4.1 Aspectos gerais da reforma trabalhista

Em se tratando de direito, o ordenamento deve se alinhar conforme a globalização e as transformações que acontecem na sociedade. Considerando suas fontes, as normas devem se moldar na forma em que a coletividade necessita, de forma que traga mais vantagens às pessoas, razão de ser das leis. (GUASPARI, 2017, p. 01)

O debate, com relação a uma reforma na legislação trabalhista, não é novo, sendo que seu início deu-se em 1980 com a necessidade de uma reforma sindical. Porém, o que aconteceu foi o aumento da regulamentação estatal por meio da constitucionalização de diversos direitos. Mesmo com a possibilidade de haver negociações relativas a salários e jornadas, a Constituição confirmou as relações regidas pela legislação e, embora houvesse grande proteção ao trabalhador, não foi impedimento para que continuasse havendo desrespeito às leis. Já nos anos de 1990, o Brasil se inseriu na globalização financeira, liderada pelo neoliberalismo, o que aumentou o interesse pela flexibilização das relações trabalhistas e fez com que o governo da época tentasse uma reforma, que não logrou êxito, e, por fim, tomasse algumas atitudes, como é o exemplo das formas de contratação atípicas (por prazo determinado e contrato parcial). (KREIN, 2018, p. 81-83)

Nos anos 2000 houve movimentos opostos e de disputa a respeito da regulamentação trabalhista. Ocorreu mais uma tentativa de reforma sindical e trabalhista por parte do governo por meio de um Fórum Nacional do Trabalho, que não obteve resultados significativos só elaborando medidas ao direito coletivo. O Estado ampliou a proteção social e de direitos, com o fortalecimento da Justiça do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e ampliação do número de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, ao mesmo tempo em que foram tomadas medidas para a flexibilização. Em meados de 2013, com o início da crise política, as mudanças na economia fizeram com que o debate acerca de medidas liberais tomasse maiores proporções e o Supremo Tribunal Federal fez movimento contrário às decisões do TST. A partir de 2014, nos encontros das candidaturas, o tema em destaque era a diminuição da proteção

social e, com o aprofundamento das crises política e econômica nos anos seguintes, houve ainda mais expressão dessa questão, sendo que seu ponto fulminante foram as mobilizações pelo impeachment e o seu advento. (KREIN, 2018, p. 83-87)

Dessa forma, no dia 13 de julho de 2017, a Presidência da República sancionou a Lei nº 13.467, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista. A dita Lei, que entrou em vigor no dia 11 de novembro do mesmo ano, é considerada a maior alteração da Consolidação das Leis do Trabalho desde 1943 e, além de alterar a CLT, alterou também as Leis nº 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991 a fim de que o ordenamento jurídico fosse adequado as relações de trabalho existentes na atualidade. (CESIT, 2017, p. 125)

No contexto político-ideológico da Reforma há entendimento de que a mesma se trata de uma disputa política que leva em conta interesses de classe e diversos significados, dependendo da interpretação que se dá à modernização adotada. De acordo com um estudo denominado “Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista”, os defensores da modificação alegam que na legislação de 1943 existiam muitas limitações à livre contratação, o que fazia com que o mercado ficasse estagnado e, ainda, existia crítica com relação a ela estar ultrapassada, visto as diversas modificações ocorridas no século XX, como, por exemplo, a modificação no padrão de industrialização e as novas formas de trabalho. (CESIT, 2017, p. 40)

Assim, para substituir o excesso de leis e, ao mesmo tempo, manter a normatização, se torna necessário uma valorização nas negociações, para que haja adaptação dos direitos à realidade de cada empresa, ou seja, para que haja modernização. Dessa forma,

[...] o processo de modernização das relações de trabalho consiste na implantação de um conjunto de medidas de modo a promover:

1. a substituição da lei pelo contrato;
2. a adoção de uma legislação mínima, residual, a ser complementada pela negociação/contratação;
3. a criação de diferentes tipos de contrato, distintos do padrão de assalariamento clássico representado pelo contrato por tempo indeterminado;
4. a substituição de direitos universais por direitos diferenciados;
5. a descentralização da negociação coletiva, se possível ao âmbito da empresa;
6. a substituição da intervenção estatal na resolução dos conflitos trabalhistas pela autocomposição das partes. (CESIT, 2017, p. 41)

Ou seja, a lei se torna um parâmetro mínimo a ser seguido, complementado pelas negociações coletivas, feitas no âmbito de cada empresa, para que haja adequação à realidade da mesma. A autocomposição se torna uma forma mais viável de composição de litígios para que o Estado tenha intervenção mínima, impedindo que interfira nas relações jurídicas por meio do ativismo judicial.

Ainda, analisando o aspecto político-ideológico que envolveu a Reforma Trabalhista, há estudiosos que se posicionam contrários a ela. Quanto ao argumento de que as leis trabalhistas são ultrapassadas para a realidade da sociedade, têm-se a ideia de que, embora a Consolidação das Leis do Trabalho tenha sido promulgada em 1943 (tornando-se o documento que condensou as leis criadas na época pela necessidade de evitar os movimentos operários que ocorreram na Europa), várias normas complementares foram editadas com o passar dos anos para a Consolidação continuar atualizada. Além disso, como se sabe, com a promulgação da Constituição de 1988, aos direitos trabalhistas foi conferido status constitucional, cuja modificação ficou protegida, o que não impossibilitou de haver modificações pontuais para que ocorresse a adequação às necessidades do mercado, sem que acarretasse em prejuízos extremos aos empregados. (GUASPARI, 2017, p. 4-7)

No entendimento de Ulisses Lopes de Souza Júnior, era necessária uma reforma para atualização da legislação trabalhista, visto as modificações mundiais ocorridas e, assim, haveria espaço para que existisse debate acerca do que era necessário mudar e a proteção do empregado, porém não foi o que aconteceu. O caráter de urgência da tramitação do projeto de lei fez com que não houvesse debates críticos relativos às mudanças, muito menos a participação de importantes entidades representativas da sociedade. Além disso, tamanha urgência se tinha para aprovar o projeto, que não foi respeitado nem o quórum mínimo de tramitação, sendo esse um dos motivos para a arguição de inconstitucionalidade, da mesma forma que os dispositivos que não são compatíveis com a Constituição Federal. (SOUZA JUNIOR, 2018)

Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado entendem que a Reforma é contrária e regressiva à Constituição, porque a legislação estabelece o mínimo para os contratos de trabalho, visando um patamar mínimo para as pessoas que são a parte mais fraca da relação de trabalho. A imperatividade das normas é importante para que haja democracia nas relações e igualdade jurídica material em uma relação que é caracterizada por ser entre partes desiguais. Assim, as modificações feitas desprezam a pessoa humana como centro de tal ordenamento, sendo que, principalmente, a dignidade é afrontada e negligenciada pela nova lei e, ainda, há exaurimento do princípio da igualdade material pela desregulamentação atingida pela flexibilização, restrições de acesso à justiça e aumento do poder do empregador na relação. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 40-43)

Já sobre os fundamentos econômicos que foram utilizados para justificar a Reforma, os argumentos que mais ocorrem são o da burocracia exacerbada e do elevado custo do trabalho. De acordo com as críticas dos empresários, a relação entre crescimento da produtividade e do valor econômico do trabalhador estavam em desarmonia, sendo esse o principal motivo do alto

número de desemprego atual. Nessa perspectiva, torna-se necessário que as normas permitam ajustar as relações trabalhistas de acordo com as alterações econômicas, ou seja, que haja a possibilidade de aumentar o percentual de retorno em face de reduzir o custo do trabalho. (CESIT, 2017, p. 48)

Dessa forma, há reflexões que concordam com o ponto de vista dos empregadores, compreendendo que as relações possuem dinâmica para se adequarem às necessidades apontadas pelo mercado econômico, sendo que a legislação também deve ter essa adequação, em razão da evolução já tratada no presente trabalho. Ao longo dos anos, os fatos ocorridos mundialmente sempre fizeram com que a legislação fosse modificada para atender às novas demandas, embora a flexibilização das leis sempre sofresse resistência pelos Tribunais Trabalhistas, que restringiam a autonomia das partes. Assim, as modificações trazidas pela nova legislação seguem o mesmo parâmetro histórico, não suprimindo direitos, mas permitindo que haja adaptações dos contratos para que exista equilíbrio, sem que ocorram incidentes trabalhistas. (JOÃO, 2017)

Com relação aos interesses de mercado em face aos direitos trabalhistas, há o entendimento contrário à Reforma de que:

A ideia da prevalência de interesses do mercado sobre a justiça como um sinal da ineficácia da legislação e, ainda, a crença de que as leis de mercado são suficientes para assegurar um progresso espontâneo podem nos levar a duvidar do papel do Estado na vida econômica como agente capaz de apressar ou diminuir o ritmo do progresso. Se acreditarmos que esse ritmo é inalterável, não nos restará nenhum campo para intervenção. Como resposta, a regulação estatal e a intervenção do Poder Judiciário são essenciais para estabelecer limites à economia de mercado, mesmo em face da pressão neoliberal que se abate sobre o Direito do Trabalho. (ARANTES; LEMOS, 2017, p. 100)

Luis Fernando Silva entende que as propostas legislativas que reduzem direitos sociais e políticas de proteção (nas quais a proposta da modificação da lei trabalhista se enquadra) têm um ponto em comum, que é o argumento favorável a elas, pela interpretação de que são necessárias ao desenvolvimento nacional e combate ao desemprego. A flexibilização, liberdade para acordar situações que não possibilitam a proteção básica, e a terceirização irrestrita são meios encontrados para que se atinja o desenvolvimento em detrimento aos direitos sociais, como educação, saúde e previdência. Entretanto, a concepção neoliberalista faz com que os interesses dos empresários e grandes grupos nacionais e transacionais estejam acima dos interesses do povo, com o objetivo de haver uma decadência nos valores centrais da sociedade, como é o caso da dignidade da pessoa humana e da soberania nacional, que são preceitos

existentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, incorporados à Constituição Federal de 1988. (SILVA, 2017, p. 01-02)

A respeito dos principais pontos que foram modificados pela Reforma Trabalhista, Janaína Guimarães Mansilia aponta alguns pontos positivos em seu entendimento. Quanto ao gozo das férias, há possibilidade de usufruí-las de forma fracionada, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 134³⁴, para que haja maior aproveitamento do ano, com maiores períodos de descanso. Em relação aos trabalhadores terceirizados, há garantia de condições igualitárias a eles nas dependências das empresas tomadoras de serviço, existindo corresponsabilidade, nos termos do artigo 4º-C da Lei 6.019/74³⁵, sendo essa uma medida a fim de que não haja maior precarização e reduções de direitos. (MANSILIA; MORAES, 2018)

A rescisão do contrato por comum acordo também é apontada como um ponto positivo, visto que era uma prática comum, porém vista como fraude. Agora é permitida quando haja interesse de ambas as partes em relação à rescisão contratual, com pagamento da metade do aviso prévio e da indenização e integralidade das demais verbas. Também a desburocratização para receber o seguro desemprego e o FGTS é positiva, não sendo mais necessária a homologação nos sindicatos, fazendo com que a anotação da extinção na carteira de trabalho seja documento hábil para requerer o benefício e movimentar a conta do FGTS. (MANSILIA; MORAES, 2018)

Em nota técnica apresentada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal (CCJC), a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas (ABRAT) e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho

³⁴ Artigo 134, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “Desde que haja concordância do empregado, as férias poderão ser usufruídas em até três períodos, sendo que um deles não poderá ser inferior a quatorze dias corridos e os demais não poderão ser inferiores a cinco dias corridos, cada um.

³⁵ Artigo 4º-C, da Lei 6.019/74: “São asseguradas aos empregados da empresa prestadora de serviços a que se refere o art. 4º-A desta Lei, quando e enquanto os serviços, que podem ser de qualquer uma das atividades da contratante, forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições:

I - relativas a:

- a) alimentação garantida aos empregados da contratante, quando oferecida em refeitórios;
- b) direito de utilizar os serviços de transporte;
- c) atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado;
- d) treinamento adequado, fornecido pela contratada, quando a atividade o exigir.

II - sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança no trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço.

§ 1º Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

§ 2º Nos contratos que impliquem mobilização de empregados da contratada em número igual ou superior a 20% (vinte por cento) dos empregados da contratante, esta poderá disponibilizar aos empregados da contratada os serviços de alimentação e atendimento ambulatorial em outros locais apropriados e com igual padrão de atendimento, com vistas a manter o pleno funcionamento dos serviços existentes.”

(SINAIT) apresentaram diversos pontos da Reforma considerados inconstitucionais. Dentre eles, pode-se destacar a prestação de trabalho intermitente, permitida pelo art. 443 e cuja descrição se encontra no §3º³⁶ do mesmo artigo, por não possuir garantia de remuneração e de jornada mínimas, violando, principalmente, a previsão de salário mínimo da Constituição. (2017, p. 17-19)

Ainda, a mesma Nota Técnica, aborda a possibilidade de serem acordadas condições menos benéficas ao trabalhador, sem ao menos uma contrapartida recíproca, outro ponto negativo, pois antes só era permitida a redução de direitos em três situações de forma constitucional (redução justificada de salários, compensação de horários e turnos ininterruptos de revezamento), e agora, poderá haver diversas outras situações, como a redução do intervalo intrajornada e a remuneração por produtividade. O direito das gestantes e lactantes também foi profundamente afetado, possibilitando que as mesmas laborem em ambientes considerados insalubres, de acordo com o artigo 394-A da CLT³⁷. Outro ponto negativo são as restrições para o acesso à justiça, dificultando o benefício da gratuidade da mesma, embaraçando o exercício do direito da ação, com a obrigatoriedade de os sindicatos serem litisconsortes necessários e pagamento de honorários periciais e de sucumbência. (2017, p. 19-33)

Dessa forma, observa-se que é necessária a adequação da legislação trabalhista com a realidade da sociedade, como aconteceu em diversas situações na história. Porém, essa adequação deve ser realizada de forma gradual, com a participação de representantes das classes sociais, para que não seja prejudicial às partes, além de seguir preceitos mínimos e fundamentais que são apresentados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, recepcionada pela Constituição Federal. Não foi o que ocorreu com a Reforma Trabalhista de 2017, que foi feita de forma abrupta, considerada inconstitucional por diversos juristas.

³⁶ Artigo 443 da Consolidação das Leis do Trabalho: “O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

[...] § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.”

³⁷ Artigo 394-A da Consolidação das Leis do Trabalho: “Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de:

- I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação;
- II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação;
- III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação.”

4.2 O princípio da ultratividade e a possibilidade de sua aplicação até novembro de 2017

Como já visto, a negociação coletiva é um meio de autocomposição de interesses coletivos, de representantes de empregados e empregadores, para, além de solucionar conflitos coletivos, regular relações trabalhistas. Dessa forma, a norma coletiva é um poder dado aos grupos sociais e que não reduz o direito positivo do Estado, apenas dando interpretações mais benéficas da lei, para cada situação encontrada.

Embora as normas coletivas sejam acordadas para que haja benefícios para os trabalhadores, tanto o Acordo quanto a Convenção Coletiva possuem prazo de vigência determinado. De acordo com o art. 614 §3º da CLT de 1943³⁸ e a Orientação Jurisprudencial nº 322 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais³⁹, a negociação coletiva possui prazo de vigência de dois anos, não podendo ser prorrogada por cláusula de termo aditivo para que seu prazo seja indeterminado. Após esse período de vigência, pode ocorrer a chamada ultratividade, assim conceituada:

A norma coletiva de trabalho é ultra-ativa, ou reveste-se de ultra-atividade, quando continua eficaz após o seu termo final de vigência. Se uma categoria profissional e a representação patronal definem quais os direitos que devem ser assegurados a certos trabalhadores a partir da data inicial de vigência de uma convenção ou acordo coletivo, o advento da data derradeira de vigência dessa norma não lhe retirará a eficácia (CARVALHO; ARRUDA; DELGADO, 2012, p. 34)

A ultratividade pode se apresentar de três formas diferentes, conforme disciplina Bezerra Leite. A primeira, chamada teoria da aderência irrestrita, defende que, mesmo após o término do prazo de vigência, as negociações coletivas são incorporadas definitivamente aos contratos de trabalho individuais. Já a segunda, teoria da aderência, limitada do prazo de duração, não adota a ultratividade de forma alguma, sendo que, depois de transcorrido o prazo de dois anos de vigência, os acordos e convenções coletivas são prescritos. Os que acreditam nessa teoria, fundamentam sua posição dizendo que esta é a que melhor atende à finalidade da negociação coletiva, fazendo com que a adaptação à realidade conjuntural seja melhor, sem perder o caráter temporário de tal norma. (LEITE, 2016, p. 700-701)

³⁸ Artigo 614, §3º, da Consolidação das Leis do Trabalho: “Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acôrdo superior a 2 (dois) anos.”

³⁹ OJ 322 da SBDI-I do Tribunal Superior do Trabalho: “ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. CLÁUSULA DE TERMO ADITIVO PRORROGANDO O ACORDO PARA PRAZO INDETERMINADO. INVÁLIDA (DJ 09.12.2003)

Nos termos do art. 614, § 3º, da CLT, é de 2 anos o prazo máximo de vigência dos acordos e das convenções coletivas. Assim sendo, é inválida, naquilo que ultrapassa o prazo total de 2 anos, a cláusula de termo aditivo que prorroga a vigência do instrumento coletivo originário por prazo indeterminado.”

Há, ainda, uma terceira teoria, da aderência por revogação, na qual os contratos coletivos deveriam ser substituídos por outra norma sobre a mesma matéria para cessar a ultratividade, ou seja, a norma coletiva não incorporaria definitivamente ao contrato de trabalho, mas só é revogada por outra norma, mesmo que já tenha transcorrido o seu prazo de vigência. (LEITE, 2016, p. 700-701)

A teoria da aderência foi consagrada na Carta Magna, com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, no art. 114, §2º, *in verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
[...]§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 2017)

Isso significa, no entendimento de José Luciano de Castilho Pereira, que as decisões da Justiça do Trabalho não podem ser menores que o previsto em lei e na negociação coletiva anterior. (2009, p. 71). Restou ainda, ao TST, estabelecer seu entendimento quanto a EC na Súmula 277⁴⁰.

Assim, a Súmula consolida o entendimento do TST quanto à matéria, que traz “estímulos reais para que as partes coletivas – sindicatos de trabalhadores e empresas ou sindicatos de empregadores – realmente se sentissem instigados a buscar a negociação coletiva e celebrar novos instrumentos normativos” (CARVALHO, ARRUDA, GODINHO, 2012, p. 35), pois, como os mesmos sustentam, não há negociação livre entre desiguais. O empregador pode fugir das negociações para ter vantagens, se o sistema não incentivá-lo a negociar, ou ainda reduzir direitos com a aceitação da categoria dos empregados, desde que haja contrapartidas para equilibrar tal situação. (2012, p. 43)

A ultratividade também é um meio de garantir os princípios inerentes ao Direito do Trabalho. Sendo assim, se os direitos sociais possuem tendência a se expandirem, as condições benéficas devem se integrar aos contratos individuais, e uma norma posterior não poderia ser capaz de retirar direitos que já estivessem incorporados ao trabalhador, logo, não pode haver

⁴⁰ Súmula nº 277 do TST: CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2017)

um lapso temporal sem lei ou norma após o decurso da vigência da norma coletiva. (CARVALHO, ARRUDA, GODINHO, 2012, p. 42)

Nesse sentido, o princípio da proteção deve ser levado em conta sempre que for aplicada uma norma jurídica, inclusive as negociações, de forma que a ultratividade sirva para que não haja a perda de direitos já incorporados ao trabalhador. Na interpretação de Carvalho, Arruda e Delgado, essas normas mais favoráveis devem integrar os contratos de trabalho, depois de transcorrido o prazo de sua vigência, só sendo substituídas por outra norma. Além dessa aplicabilidade do princípio da norma mais favorável, o princípio da condição mais benéfica soma-se à intangibilidade salarial e demais princípios constitucionais, no dado exemplo,

[...] a jurisprudência tem considerado – com razão – que o patamar resultante de instrumentos coletivos fixadores de reajustes salariais adere, sim, permanentemente, aos contratos de trabalho em vigor no período de vigência do respectivo diploma, mesmo após cessada tal vigência. Isso ocorre por força do princípio especial de intangibilidade dos salários (ou da sua irredutibilidade). De fato, se se retornasse ao nível salarial anterior ao correspondente diploma (um ou dois anos antes), em situações de falta de nova negociação, poder-se-ia assistir a uma brutal redução salarial dos trabalhadores envolvidos. Não há tese jurídica qualquer que justifique violência social; assim, além do princípio específico da irredutibilidade, os princípios gerais e constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana inviabilizariam tal efeito social desagregador. (2013, p. 34)

Como visto, a edição da Súmula 277 e sua aplicabilidade, servem para que os princípios fundamentais do direito do trabalho sejam aplicados integralmente, visando maior proteção da parte hipossuficiente na relação trabalhista. Além disso, de forma secundária, a ultratividade faz com que haja maior busca pelas negociações coletivas, para que haja apenas melhoras nas condições trabalhistas.

Assim, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região aplicava a Súmula da seguinte forma:

RECURSO ORDINÁRIO DAS NORMAS COLETIVAS. SALÁRIO MÍNIMO REGIONAL. PRINCÍPIO DA ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS. SÚMULA 277 DO TST. O TST, ao dar nova redação à Súmula 277 de jurisprudência, adotou a teoria da ultratividade condicionada, também chamada de critério da aderência limitada por revogação, segundo a qual a ultra-atividade da cláusula resultante de negociação coletiva está condicionada à inexistência de norma coletiva posterior que a revogue, ou seja, a cláusula normativa pode ser suprimida ou ter o seu alcance reduzido mediante norma coletiva superveniente, imunizando-se o seu conteúdo somente quanto à incidência das alterações individuais do contrato de trabalho. Ausência de fundamento para observância do salário mínimo regional e reajustes correspondentes, em face da inexistência de período a descoberto pelos instrumentos normativos correspondentes. Apelo provido. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2015)

CORSAN. LICENÇA-PRÊMIO. BENEFÍCIO EXTINTO POR NORMA COLETIVA. Tratando-se de parcela instituída e extinta por norma coletiva, incide, ao caso, o entendimento vertido na Súmula 277 do TST, sendo inviável a ultratividade

do direito, conforme pretende a parte autora. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2018)

Como visto, o Colendo Tribunal aplicava a Súmula n. 277 de forma a dar provimento aos casos em que havia tal direito. No caso da primeira jurisprudência, o acordado em negociação era mais benéfico ao trabalhador e não havia períodos onde não houvesse instrumentos coletivos para normatizar o salário, aplicando-se a ultratividade da norma em face da Lei Estadual. Na segunda jurisprudência, há o caso em que a parcela foi estabelecida pela norma e a posterior a revogou, não sendo possível a ultratividade nesse caso.

Por outro lado, em recente decisão do Supremo Tribunal Federal em Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 323, que teve como relator o Min. Gilmar Mendes, foi decidido que a aplicação da Súmula 277 não possui base legal (visto que a Lei 8.542/1992, que regulamentava a ultratividade, foi revogada) e não há suporte constitucional para a questão, pois a simples palavra “anteriormente”, presente no §2º do artigo 114 da Constituição Federal, não é o suficiente para a alteração jurisprudencial. Além disso, consta na decisão que a aplicação da ultraeficácia da norma coletiva de trabalho favorece apenas um dos polos da relação jurídica trabalhista. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 9)

No objeto da ADPF, o Ministro relator explica:

Se admitido, como expressamente estabelecido na Constituição, que os direitos fundamentais vinculam todos os Poderes e que a decisão judicial deve observar a Constituição e a lei, não é difícil compreender que a decisão judicial que se revele desprovida de base legal afronta algum direito individual específico, pelo menos o princípio da legalidade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 25)

Ademais, além do princípio da legalidade, a Súmula 277 do TST é incompatível com o princípio da separação dos Poderes e da segurança jurídica, visto que o Tribunal, na posição adotada pelo STF, feriu os princípios por interpretar a Constituição a sua maneira e introduzir novamente a ultratividade ao ordenamento jurídico brasileiro, considerando que a questão foi revogada juntamente com a lei que a disciplinava pelo Poder Legislativo, após diversas discussões. Dessa maneira, tomou lugar de outro poder (legislativo) para que houvesse o retorno do princípio da ultratividade. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2016, p. 43-49)

No que tange a falta de base legal da ultratividade e a supressão de princípios fundamentais para a segurança jurídica, Gustavo Filipe Barbosa Garcia concorda com o STF, explicando:

[...] não há como se admitir que a jurisprudência legisle a respeito da matéria, de manifesta importância para as relações sociais, em exercício de atividade completamente estranha à jurisdição, por ser inerente a outros poderes constitucionais, e em sentido contrário ao que decorre do ordenamento jurídico em vigor. Como é evidente, se o preceito legal foi revogado, no Estado Democrático de Direito, no qual a harmonia entre os poderes deve ser respeitada, não cabe à jurisprudência exercer função nitidamente legislativa, passando a dispor no sentido de lei que já foi revogada. (GARCIA, 2016, p. 68)

Ainda, há diversos doutrinadores que questionam a nova redação da Súmula 277 e as decisões que novamente aplicam o princípio da ultratividade. A principal crítica à súmula diz respeito a não derivar de reiteradas decisões relativas ao assunto, como é devidamente previsto no regimento interno do TST (ARAÚJO; et. al., 2014, p.92), no artigo 165 abaixo transcrito:

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:
 I - três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;
 II - cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;
 III - quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou
 IV - dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 2018)

Além disso, Luiz Carlos Amorim Robortella disciplina que, ao permitir a incorporação das normas ao contrato individual, retira-se dos sindicatos a possibilidade de negociar outros interesses, pois não poderão discutir em relação aos direitos que se tornaram infungíveis, tornando-se, dessa forma, verdadeiros reféns dos interesses individuais em detrimento do interesse coletivo, que é o bem jurídico de maior importância para os sindicatos.

Também, defende que a norma coletiva não deve ser incorporada, uma vez que a própria lei, que é hierarquicamente superior, não se integra ao contrato, e as negociações coletivas fazem parte das normas jurídicas autônomas, não se confundindo com cláusula contratual, sendo que somente essas podem ser ajustadas individualmente, e, assim, aderem de forma absoluta à relação jurídica individual. (ROBORTELLA, 2013, p. 15-16).

Portanto, o Supremo e alguns doutrinadores entendem que a Súmula criada pelo TST fere princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, por ter cunho legislativo e não jurisdicional, além de não possuir base legal. Ademais, há críticas quanto à ultratividade beneficiar apenas uma das partes, com a possibilidade de não haver interesse em renovar as negociações coletivas por parte dos sindicatos, já que uma vez estabelecida uma condição, a mesma não correrá riscos de perder sua validade.

Com tal Medida Cautelar, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região passou a ter os dissídios sobre a ultratividade suspensos, como ilustram as seguintes jurisprudências:

SUSPENSÃO DO PROCESSO EM FACE DA LIMINAR DEFERIDA PELO STF NO ADPF 323 MC/DF. Hipótese em que os fundamentos do pedido de diferenças salariais decorrentes dos interstícios promocionais não envolve a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, pois o pedido se vincula à existência de prévia norma interna que garantiria a forma de promoção que é proposta. Apelo do autor que se dá provimento para levantar a suspensão do feito determinada na decisão de origem. (PORTO ALEGRE, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2017)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO RECLAMANTE. OMISSÃO INEXISTENTE. Não se verifica no acórdão atacado a existência de omissão ou de quaisquer das demais hipóteses a que aludem os artigos 897-A da CLT e 1.022 do CPC/2015. (PORTO ALEGRE, Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2018)

Na primeira jurisprudência há acolhimento do embargo proposto pelo fato de haver discussão acerca de promoções decorrentes da ultratividade de normas coletivas. Já em relação à segunda jurisprudência, a parte reclamante opôs Embargo de Declaração pelo juízo *a quo* não suspender o processo em razão da Medida Cautelar, porém o Embargo não foi acolhido, pois, na decisão, afastava-se a aplicação da ultratividade e a ADPF n. 323 somente é aplicada nos casos em que há a ultratividade.

Seguindo o mesmo pensamento do STF, os legisladores, ao elaborar o texto da Reforma Trabalhista, vedaram expressamente a ultratividade no parágrafo 3º do art. 614⁴¹ da CLT, ou seja, de forma alguma há continuidade das normas após o fim de sua vigência. Com isso, há desvalorização das conquistas alcançadas pelos sindicatos aos trabalhadores por meio das negociações coletivas, fazendo com que haja desproteção e grandes riscos de retrocesso aos mesmos. (CESIT, 2018, p. 99)

Com o que foi exposto, conclui-se que o princípio da ultratividade voltou a ser utilizado por meio da Súmula 277 do TST para que houvesse efetividade de preceitos constitucionais e de princípios basilares das relações trabalhistas, para proteção da parte hipossuficiente, porém, o STF, por meio de uma medida cautelar, pôs fim em tal prática, tendo como principal fundamento o fato de o TST não possuir legitimidade para legislar, visto que a questão já foi abordada por lei extinta. Assim, seguindo o mesmo entendimento, a Reforma Trabalhista vedou definitivamente a prática da ultratividade.

⁴¹ Artigo 614, §3º, 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.”

4.3 A negociação coletiva para a concretização de direitos fundamentais, a ultratividade e a Reforma Trabalhista

A negociação coletiva de trabalho, como já mencionado no presente estudo, é uma ferramenta para que se resolvam conflitos de interesses entre empregadores e trabalhadores, visando melhores condições do trabalho, ao mesmo tempo em que se entende necessário respeitar os limites econômicos de cada empregador, fazendo, assim, que se concretizem direitos fundamentais dos trabalhadores, como é o exemplo do da dignidade da pessoa humana.

Observa-se que o direito do trabalho é um direito social, sendo considerado um direito fundamental de segunda geração, ligado ao conceito da igualdade, sobretudo a material, que entende dever tratar igual, os iguais e de forma diferente, os desiguais. Essa ideia de igualdade faz com que o Estado passe da abstenção ao reconhecimento de deveres fundamentais, não apenas por parte do poder público, mas também dos particulares para que haja garantia de sua eficácia. Dessa maneira, por meio de normas imperativas, o Estado busca efetivação, enquanto os particulares a buscam utilizando negociações coletivas. Logo, reconhecendo os deveres e seguindo os princípios da igualdade e da solidariedade social, tem-se a garantia da eficácia dos direitos sociais, pois, como o Estado deve elaborar políticas públicas para que se concretiza tais direitos, ele observa princípios como o da proibição do retrocesso social. (GAIA, 2017, p. 6)

A Constituição de 1988, ao colocar o direito ao trabalho como um direito fundamental social, no art. 6º⁴², elevou-o ao patamar de direitos como, por exemplo, o da saúde e o da educação, estando, assim, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, pois “são direitos que visam à melhoria das condições sociais, e, conseqüentemente, a equalização das diferenças. Há que se reconhecer, nesse sentido, a vinculação entre os direitos sociais e o princípio da dignidade da pessoa humana”. (GAIA, 2017, p. 7)

Para que o direito ao trabalho se concretizasse, juntamente com demais direitos fundamentais, foi criada a figura dos sindicatos, a fim de que representantes dos trabalhadores pudessem buscar melhorias em seus direitos. Nesse sentido, Pereira entende que o direito à associação sindical, garantido por diversos documentos de direitos humanos internacionais e recepcionado pelo direito brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988, é decorrente da necessidade de assegurar a efetividade das negociações coletivas, que é o instrumento utilizado

⁴² Artigo 6º da Constituição Federal: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

para conquistar direitos aos trabalhadores, harmonizando a relação entre partes desiguais e trazendo solidariedade para a mesma (PEREIRA, 2009, p.64)

Cabe ressaltar que o direito do trabalho parte do pressuposto de que há uma diferença de poder entre trabalhador e empregado, impossibilitando, assim, uma negociação individual para busca de melhores condições, como um aumento salarial, por exemplo, sem que em contrapartida houvesse precarização das condições de trabalho. Nesse contexto, em que é aplicado o princípio da proteção ao trabalhador e a sua dignidade por todas as vertentes necessárias para sua garantia, permitindo aos sindicatos obter melhorias com a fiscalização necessária para que isso se concretize. Como tal, cumpre salientar que o legislador brasileiro reserva a todos direitos mínimos, podendo a negociação coletiva ter ampla atuação, tendo como limitador o princípio da irrenunciabilidade de direitos. (PEREIRA, 2009, p. 66-67)

Nesse contexto, há entendimento de que “[...] o Estado Democrático de Direito vem fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º⁴³) e a ordem econômica há que ter por fim assegurar a todos uma existência digna (art. 170⁴⁴), porque a ordem social visa à justiça social (art. 193⁴⁵)”. (BRAMANTE, 2010, p. 89). Ou seja, o direito ao trabalho, a proteção ao trabalhador, todos os direitos que o mesmo possui em seu ambiente laboral e as negociações coletivas devem ter como premissa a confirmação do que está descrito na citação.

As negociações coletivas são importantes para que haja adequação da legislação à realidade das empresas e da sociedade, a fim de que a economia continue em evolução ao passo que os direitos dos trabalhadores continuem sendo garantidos e melhorados. Sobre essa evolução, Teresa Gemignani, citando Bauman, entende:

Explica o sociólogo Zygmunt Bauman que na sociedade contemporânea “as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir (...) em que num piscar de olhos os ativos se transformam em passivos, e as capacidades em incapacidades. As condições de ação e as estratégias de reação envelhecem rapidamente e se tornam obsoletas, antes de os atores terem uma chance de aprendê-las efetivamente”, concluindo tratar-se de um viver em condições de incerteza constante, que exige frequente “negociação e conciliação de interesses” diferentes numa “realidade porosa”, em que nos sentimos “patinando sobre gelo fino”, situação que coloca nossa segurança na velocidade, pois reduzi-la “significa a ameaça real de afogar-se”.

⁴³ Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana;”

⁴⁴ Artigo 170, caput, da Constituição Federal: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. [...]”

⁴⁵ Artigo 193 da Constituição Federal: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

O surgimento dessa sociedade complexa e instável vem demonstrar, de maneira cada vez mais assertiva, que a legitimidade do direito depende da permeabilidade da norma à realidade que visa regular, sendo que o mundo dos fatos não é puro, muito menos reto. (GEMIGNANI, 2012, p. 240)

A Constituição de 1988 trouxe muita importância aos sindicatos por meio de prerrogativas às negociações coletivas, como é o caso da possibilidade de redução salarial somente por esse meio de negociação, nem a lei ou a normatização da Justiça do Trabalho tendo tamanho poder. Muito embora haja tal poder, os sindicatos encontram-se fragilizados por causa da unicidade sindical, das restrições econômicas (e, mais recentemente, pela facultatividade da contribuição sindical, mudança trazida pela Lei 13.467/2017). Há, inclusive, crítica a respeito do Ministério Público do Trabalho ter tomado o lugar dos sindicatos no acordo de negociações, visto que precisa anular alguns acordos e convenções pactuadas por serem prejudiciais aos trabalhadores ou, até mesmo, prevendo subsídio financeiro das empresas aos próprios sindicatos. (PEREIRA, 2001, p. 28-29)

Diante disso, cumpre salientar que os acordos e convenções coletivas devem seguir o pressuposto do princípio da vedação ao retrocesso social, expresso na Carta Magna e, ainda, que uma vez realizada uma melhoria, ela se torna um direito subjetivo, com garantias. A flexibilização, que ganhou forças com a entrada em vigor da Lei 13.467/17, deve observar essa continuidade da evolução social do trabalhador, somente sendo possível a relativização do princípio citado quando há recesso econômico. É caracterizada uma justa causa para que se diminuam direitos de indisponibilidade relativa, em contrapartida à manutenção do trabalho para a valorização da dignidade, tendo como fundamentação o princípio da adequação setorial negociada. Esse princípio informa que “as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justabalhista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados” (RANGEL, 2017, p. 124)

Como é sabido, a nova lei trabalhista amplia a possibilidade de flexibilização de direitos por meio de negociações coletivas com o rol exemplificativo do art. 611-A e diversas outras possibilidades e, além disso, prioriza o negociado sobre o legislado, por meio de mudanças na interpretação das fontes legislativas, que já foram explicadas no presente estudo. Dessa forma, questiona-se a constitucionalidade de tal flexibilização, pois não respeita a limitação aos direitos disponíveis e, ainda, permite interpretação mais ampla, podendo haver outras garantias relativizadas. (RANGEL, 2017, p. 127-129)

Diante da importância das negociações feitas entre os sindicatos e os empregadores e a busca por melhores condições de trabalho, o TST editou a Súmula nº 277 para que as cláusulas normativas se tornassem ultra-ativas, produzissem efeitos nos contratos individuais de trabalho, mesmo após o decurso do prazo de vigência da norma coletiva em que surgiu tal condição. A Súmula em questão tornou possível a ultratividade limitada por revogação, permitindo perpetuação no contrato de trabalho, até que outra norma coletiva relativa ao mesmo tema a revogasse. (ARAÚJO; et. al., 2014, p. 76-78)

Embora com objeção acerca da Súmula, não ter sido feita com base em reiteradas decisões sobre o assunto pelo Colendo Tribunal Superior do Trabalho - crítica muito utilizada pelos que não aceitavam o teor do assunto - e, ainda, criar grande proteção a uma parte da relação em detrimento da outra, o principal entendimento dos defensores dizia respeito:

[...] a proteção aqui não vem do C. TST, mas de preceito constitucional, dispositivos legais e princípios jurídicos que não eram cumpridos, gerando clara desigualdade em detrimento de quem trabalha. Em suma, a proteção existente em lei e na Constituição em prol dos obreiros não era observada pela jurisprudência sumulada que, inadvertidamente, terminava por proteger a parte mais favorecida na relação de trabalho; ou seja, era a aplicação do “princípio da proteção” às avessas... (MENEZES, 2017, p. 434)

Ou seja, o TST, com a edição sumular, deu ampla proteção ao trabalhador, como parte hipossuficiente da relação trabalhista, cumprindo o previsto no artigo 114, §2º da Constituição Federal e garantindo princípios, como o da norma mais favorável, da condição mais benéfica e da proibição ao retrocesso social.

Estudos anteriores à redação da Súmula indicavam que não havia avanço nas negociações coletivas e direitos, paralisando a busca por vantagens aos trabalhadores, ou, até mesmo, sendo alvo de supressão de direitos. Com a edição desse precedente jurisprudencial, a preocupação dos sindicatos era apenas buscar melhorias para as vantagens já conseguidas, sem necessitar negociar desde os primeiros direitos. Ainda, a ultratividade era um meio de confirmar preceitos oriundos da Constituição Federal, fazendo com que direitos fundamentais e suas melhorias advindas de acordos e convenções coletivas fossem reconhecidos. (MENEZES, 2017, p. 435)

Em 14 de outubro de 2016, logo, antes da Reforma Trabalhista, o Ministro Gilmar Mendes já havia concedido liminar para suspender efeitos das decisões já emanadas e os processos em andamento relativos à Súmula 277 do TST, tendo como fundamento a separação de poderes expressa na Constituição. No voto, como já visto, o Ministro entende que, ao editar a Súmula, o Tribunal estava legislando com relação à matéria, que já tinha sido alvo de lei

revogada, ferindo, dessa forma, a Lei Maior do Estado brasileiro. Portanto, a impossibilidade da ultratividade das normas já possuía precedentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal muito antes da entrada em vigor da Lei 13.467/17. (ALMEIDA; KROST, 2017, p.28)

Após a divergência jurisprudencial entre o TST e o STF, a nova legislação trabalhista entrou em vigor vedando expressamente a ultratividade das normas coletivas no §3º do artigo 614. Assim, como indica o estudo feito pelo CESIT, há desvalorização das conquistas alcançadas pelos sindicatos, além de não cumprir o princípio constitucional da proteção e da vedação ao retrocesso, podendo haver dúvidas sobre a constitucionalidade de tal modificação. (CESIT, 2017, p. 59) Além disso, essa mudança e diversas outras, trazidas pela Reforma Trabalhista no âmbito sindical, são vistas como formas de enfraquecer o poder dos sindicatos e a força das negociações feitas por eles, “o que pode trazer consequências nefastas para o futuro da democracia e para a constituição de uma sociedade menos desigual.” (CESIT, 2017, p. 94)

Críticas positivas quanto à impossibilidade da ultratividade afirmam que, dessa forma, haverá facilidade para as empresas concederem maiores benefícios em face de serem por prazo determinado, afinal, a negociação ocorre dentro de uma realidade econômica, não havendo perigo de se incorporarem aos contratos e continuarem vigorando após eventual oscilação econômica. Dessa forma, há possibilidade de haver mais negociações, permitindo que seja confirmada a preocupação do legislador constitucional em dar maior efetividade à composição de conflitos de forma autônoma em detrimento de dissídios coletivos. (COELHO, 2017)

Diante do exposto, há a conclusão de que a preocupação central do ordenamento jurídico trabalhista brasileiro é a proteção do trabalhador, além da confirmação e garantia de direitos fundamentais. Assim, as negociações coletivas seguem a mesma premissa, tendo o TST entendido imprescindível a ultratividade das normas aos contratos individuais, para que não ocorresse retrocesso nos direitos e que se retificasse os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Com a negativa de tal possibilidade pelo STF e, posteriormente, pela Reforma Trabalhista, houve duras críticas quanto à constitucionalidade da decisão e da novel legislação, não possuindo, ainda, dados sobre a situação dos trabalhadores com tal aplicabilidade.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo permitiu analisar o princípio da ultratividade como uma ferramenta para a concretização do princípio da proteção ao trabalhador, que tem como viés principal a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, expresso na Constituição Federal de 1988. Tal dignidade tem grande importância na legislação internacional visto estar presente em diversas leis, como, por exemplo, na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Considerando que as principais leis internacionais relativas à pessoa humana foram ratificadas pelo Brasil, o direito fundamental à dignidade passou a estar na Lei Maior do país e, portanto, tem importante status, possuindo diversos meios para que seja garantida a todas as pessoas.

No direito do trabalho, a forma de conseguir a defesa à dignidade se dá por meio da proteção ao trabalhador, pela relação de trabalho não ser entre partes iguais e o trabalhador se encontrar no polo hipossuficiente da mesma. Para melhor atender essa demanda, há divisão desse princípio em outros três menores (*in dubio pro operário*, norma mais favorável e condição mais benéfica), com a finalidade de facilitar a sua observância.

Assim, revela-se de suma importância a garantia de tal princípio, sendo que uma das formas de consegui-la é por meio das negociações coletivas, oriundas do princípio da autonomia privada coletiva. A autonomia é decorrente de uma intensa evolução nos direitos sindicais no mundo e trazidos ao Brasil, para que hoje haja a possibilidade de os sindicatos utilizarem da mesma para a autocomposição de conflitos coletivos de trabalho, visando melhores condições aos trabalhadores, para que os seus direitos fundamentais sejam garantidos.

Existem variadas formas de contratar um trabalhador, seja por contrato por tempo indeterminado, que é a regra geral, ou por tempo determinado, podendo ser de experiência, de aprendizagem, por safra, temporário ou contrato a prazo e, em todos eles, há a influência de negociações coletivas, buscando a dignidade da pessoa humana.

Considerando que o direito do trabalho possui diversas fontes, entre elas a negociação coletiva, é comum que as mesmas entrem em conflito. Para resolver tal situação, até a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, utilizavam-se teorias, já que não existia hierarquização das normas trabalhistas. As teorias, da acumulação, do conglobamento e da incindibilidade dos recursos, não possuíam uma regra para sua aplicação, permitindo a escolha conforme o caso concreto, para que houvesse a confirmação da proteção ao trabalhador. Essa escolha, em sua

maioria, acontecia pela teoria do conglobamento, porque os tribunais entendiam ser a mais justa.

Embora haja conflitos de fontes, as negociações coletivas são muito utilizadas para a adequação dos direitos mínimos previstos à realidade socioeconômica das empresas e seus funcionários. Todavia, essa é a única norma que possui prazo de vigência, que é de dois anos, como previsto na Consolidação das Leis do Trabalho. Para que não houvesse retrocesso dos direitos conquistados com as normas coletivas, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 277. Essa permitia a ultratividade das normas coletivas, após o decurso do seu prazo de vigência, ao contrato individual do trabalho, até que nova norma coletiva sobre o mesmo assunto fosse acordada

Tal jurisprudência foi vista como ilegal pelo Supremo Tribunal Federal, que, por meio de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, suspendeu os processos em andamento e os efeitos dos processos já decididos a respeito da matéria. A principal fundamentação para tal decisão, elaborada pelo ministro Gilmar Mendes, era de que o TST havia infringido a separação de poderes, visto que, no seu entendimento, estava legislando sobre a matéria que possuía legislação própria já revogada e que não havia motivos para a edição da Súmula, sendo que só há tal necessidade quando há reiteradas decisões quanto à matéria, que não era o caso.

Pouco mais de um ano após a medida cautelar do STF, entrou em vigor a Lei 13.467/2017, nomeada Reforma Trabalhista, que modificou diversos artigos da CLT. Dentre as modificações feitas, está o §3º do artigo 614, que veda expressamente a possibilidade de ultratividade das normas, colocando fim à divergência jurisprudencial existente.

Além dessa modificação, houve outra na forma de solucionar os conflitos de normas, passando a existir hierarquização no direito do trabalho, sendo que as normas negociadas estão acima das normas legisladas e, dentro das normas negociadas, os acordos prevalecem sempre sobre as convenções. Dessa forma, a primeira hierarquização não obedece à premissa de que as normas mais benéficas devem ser utilizadas para que haja proteção ao trabalhador, e a segunda hierarquização cria uma nova teoria para justificar a previsão: a teoria da especificidade, na qual deve ser utilizada a norma de caráter específico àquela empresa, porque a realidade da mesma é diferente das demais.

Dessa forma, entende-se que a Reforma Trabalhista carece de uma minuciosa análise frente à Constituição Federal, visto que nos pontos estudados nesse trabalho há aparente inconstitucionalidade das previsões. Em se tratando especificamente da ultratividade das normas, observa-se que a sua aplicação é de suma importância para que não haja retrocesso

social, afinal, as negociações visam melhorias e as mesmas não podem ser suprimidas pelo simples fato de sua vigência ter se esgotado.

Por fim, cabe destacar que o trabalho é uma forma de confirmação da dignidade da pessoa humana, sendo utilizado para a subsistência das pessoas, tendo o próprio salário caráter alimentar. Posto isso, torna-se um dever do Estado a prestação e o zelo para com a proteção à parte hipossuficiente da relação, não sendo possível a utilização da intervenção mínima nesse ramo de fácil redução de direitos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo; KROST, Oscar. As recentes decisões do STF sobre os direitos dos trabalhadores: reforma ou destruição? *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba: v.1, n.2, p. 56-81, dez. 2016.

AMADO, João Leal. Negociado x legislado: a experiência e a reforma trabalhista brasileira: algumas notas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 83, n. 3, p. 138-159, jul./set. 2017.

ARANTES, Delaíde Alves Miranda; LEMOS, Maria Cecília de Almeida Monteiro. Em defesa da Justiça do trabalho, do direito do trabalho e da CLT: os ataques e as ameaças da reforma trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 83, n. 1, p. 89-113, jan./mar. 2017.

ARAUJO, Francisco Rossal de; et. al. Nova redação da Súmula 277 no Tribunal Superior do Trabalho - A ultraeficácia das cláusulas normativas: críticas, questionamentos e desafios. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região*, Porto Alegre: ano X, n. 172, p. 74-104, set. 2014. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/77234>> Acesso em: 18 out. 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS ADVOGADOS TRABALHISTAS – ABRAT. et. al. *Nota técnica: PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista: Aspectos de inconstitucionalidade e de antijuridicidade*. 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 05 out. 2018.

BAHIA. Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. *Recurso Ordinário n. 0001142-39.2010.5.05.0191*, da 5ª Turma. Relator: Desembargador Esequias de Oliveira. Salvador, 01 de junho de 2012. Disponível em: <<https://www.trt5.jus.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 10 ed. atual. São Paulo: LTr, 2016.

BRAMANTE, Ivani Contini. A dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito coletivo do trabalho. *Revista do Tribunal do Trabalho da 2ª Região*, São Paulo: n. 4/2010, p. 85-97, 2009.

BRASIL. *Lei n. 5.889/73*, de 08 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L5889.htm>. Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação Jurisprudencial n. 322*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA322>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 437*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-437>. Acesso em: 21 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 51*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. *Consolidação das Leis do Trabalho*, de 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa de Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. *Lei n. 6.019/74*, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm>. Acesso em: 02 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 323*. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN; Interessados: Tribunal Superior do Trabalho; Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região; Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília: 14 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=327394&caixaBusca=N>. Acesso em: 15 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Orientação jurisprudencial n. 322*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_321.htm#TEMA322>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 2145-73.2011.5.11.0014*, da 2ª Turma. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 80700-43.2009.5.17.0003*, da 7ª Turma. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília, DF, 12 de junho de 2013. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/consulta-unificada>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Resolução Administrativa n. 1265/2008*, de 24 de abril de 2008. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/DGCJ/regimento_interno_tst/RegimentoAtualRA1295/1295.html>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 212*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-212>. Acesso em: 22 jul. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 244*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 04 ago. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 277*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 06 out. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 378*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-378>. Acesso em: 04 ago. 2018.

CAMINO, Carmen. *Direito individual do trabalho*, 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sintese. 2004.

CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Maurício Godinho. A súmula nº 277 e a defesa da Constituição. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: vol. 78, n. 4, p. 33-52, out/dez, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. *Resumo de direito do trabalho*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

CENTRO DE ESTUDOS SINDICAIS E DE ECONOMIA DO TRABALHO - CESIT. *Contribuição crítica à reforma trabalhista*. Campinas, SP: UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

_____. *Dossiê Reforma Trabalhista*. 2017. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/0BzuqMfbpwX4waWNqU1l5WTBGbzQ/view>. Acesso em: 15 out. 2017.

CERDEIRA, Marcelo Tavares. *Correlações entre o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica no Direito do Trabalho*. 2008. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI74445,21048-Correlacoes+entre+o+principio+da+norma+mais+favoravel+e+o+principio>>. Acesso em: 30 set. 2017.

COELHO, Diego Jean. *Ultratividade das cláusulas coletivas: da súmula 277 do TST à reforma trabalhista*. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59249/ultratividade-das-clausulas-coletivas-da-sumula-277-do-tst-a-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 19 out. 2018.

COLUSSI, Luiz Antônio. A flexibilização do direito e no processo do trabalho. In: FREITAS, José Mello de. *Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: UPF, 2003. p. 86-103.

COUTINHO, Grijalbo; VIANA, Márcio Túlio; DELGADO, Maurício Godinho; MELHADO, Reginaldo. *Direitos fundamentais do trabalho*. 2004. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/874-direitos-fundamentais-do-trabalho-09751855944983527>. Acesso em: 12 ago. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da República, estado democrático de direito e negociação coletiva trabalhista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 82, n. 4, p. 214-245, out./dez. 2016.

_____. *Curso de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

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

DISTRITO FEDERAL. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. *Recurso Ordinário n. 0001580-32.2012.5.10.0005*, da 3ª Turma. Relatora: Desembargadora Cilene Ferreira Amaro Santos. Brasília, 12 de março de 2014. Disponível em: <<http://www.trt10.jus.br/jurisprudencia/jsf/index.jsf>>. Acesso em: 11 nov. 2017. *e direito de resistência*. 2017. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Luis-Fernando-ARTIGO.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2018.

GAIA, Fausto Siqueira. Negociação coletiva de trabalho: limites e fundamentos sociais. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo: ano IX, n. 36, p. 3-17, 1º sem. 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Convenção coletiva e contrato individual de trabalho: integração das cláusulas normativas. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*. Curitiba: vol. 5, n. 51, p. 66-69, junho, 2016. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/94354>>. Acesso em: 16 out. 2018.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. Direitos coletivos e direitos fundamentais: o diálogo das fontes e a função promocional do direito. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 78, n. 2, p. 239-248, abr./jun. 2012.

GOMES, Orlando. *Curso de direito do trabalho*. 19. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, vol. 3: Contratos e atos unilaterais. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUASPARI, Mariângela de Oliveira. *Reforma Trabalhista: uma visão crítica*. 2017. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/240907.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

JOÃO, Paulo Sérgio. *Reforma trabalhista traz flexibilização responsável da CLT*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-13/reflexoes-trabalhistas-reforma-trabalhista-traz-flexibilizacao-responsavel-clt>>. Acesso em: 01 out. 2018.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. *Tempo Social: revista de sociologia da USP*, São Paulo: v. 30, n. 1, p. 77-104, abr. 2018.

LEDUR, José Felipe. A Constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 77, n. 3, p. 154-181, jul./set. 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA FILHO, Francisco das C. *Negociação coletiva e representatividade sindical*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/fckblank.html?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15207>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MANSILIA, Janaína Guimarães; MORAES, Renato Teles. *Análise crítica da reforma trabalhista*. 2018. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,analise-critica-da-reforma-trabalhista,590733.html>>. Acesso em: 02 out. 2018.

MANTOVANI, Lucas. *Reforma Trabalhista – Implicações na Convenção e no Acordo Coletivo*. 2018. Disponível em: <<https://blog.sajadv.com.br/reforma-trabalhista-acordo-coletivo/>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

MARTINS, Rodrigo Bezerra. *Dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos fundamentais*. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dimensao-objetiva-e-dimensao-subjetiva-dos-direitos-fundamentais,49820.html>. Acesso em: 12 ago. 2018.

MELO, Raimundo Simão de. *Os limites da negociação coletiva para o sistema jurídico brasileiro*. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-22/reflexoes-trabalhistas-limites-negociacao-coletiva-sistema-juridico>. Acesso em: 02 dez. 2017.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Reforma Trabalhista e a polêmica sobre a ultratividade das condições coletivas de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte: ed. especial, p. 423-441, nov. 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

_____. *Curso de direito do trabalho: história e teoria*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Curso de direito processual do trabalho*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, José Geraldo de Santana. *Análise da Reforma Trabalhista: Transformando a CLT em Consolidação das Leis do Capital*. 2017. Disponível em: <http://contee.org.br/contee/index.php/2017/05/analise-da-reforma-trabalhista-transformando-a-clt-em-consolidacao-das-leis-do-capital/>. Acesso em: 12 out. 2017.

PARANÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. *Recurso Ordinário n. 21591-2013-012-09-00-2*, da 1ª Turma. Relator: Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo. Curitiba, 09 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://www.trt9.jus.br/basesjuridicas/jurisprudencia.xhtml>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

PEREIRA, José Luciano de Castilho. A Constituição de 1988 e os limites da negociação coletiva. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília: vol. 75, n. 1, p. 62-73, jan/mar, 2009.

_____. O sindicato e a sua força na negociação coletiva. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre: v. 67, n. 4, p. 28-36, out./dez. 2001.

RANGEL, Daniel Gonçalves. A negociação coletiva como instrumento para superação de crise econômica: antes e pós-Reforma Trabalhista. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte: v. 63, n. 96, p. 119-133, jul./dez. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário n. 0000326-62.2014.5.01.0471*, da 7ª Turma. Relator: Desembargador Rogerio Lucas Martins. Rio de Janeiro, 01 de julho de 2015. Disponível em: <<https://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-acordao>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário n. 0010193-03.2014.5.01.0076*, da 8ª Turma. Relatora: Desembargadora Claudia Regina Vianna Marques Barrozo. Rio de Janeiro, 23 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-acordao>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. *Recurso Ordinário n. 0000354-55.2012.5.01.0065*, da 7ª Turma. Relatora: Desembargadora Claudia Regina Vianna Marques Barrozo. Rio de Janeiro, 13 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-acordao>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020089-26.2015.5.04.0020*, da 11ª Turma. Relator: Desembargadora Flávia Lorena Pacheco. Porto Alegre, 23 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/UoKMv-RHqJItr0wyIHLvHQ?>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020902-44.2014.5.04.0002*, da 8ª Turma. Relator: Desembargador Juraci Galvão Júnior. Porto Alegre, 28 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/7gQsSLkg1EBFm2cC3FmPEA?>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020516-46.2017.5.04.0701*, da 3ª Turma. Relator: Desembargador Marcos Fagundes Salomão. Porto Alegre, 20 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/Y3--zBeRppIbXwXH0AytnQ?>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. *Recurso Ordinário n. 0020515-61.2017.5.04.0701*, da 3ª Turma. Relator: Desembargador Marcos Fagundes Salomão. Porto Alegre, RS, 20 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.trt4.jus.br/pesquisas/rest/cache/acordao/pje/T3maL0YgsWaW2bsxy1zEiw?>>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Súmulas do TST: avanço ou retrocesso? *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas: n. 43, p. 95-115, jul./dez, 2013.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

ROMITA, Arion Sayão. Os limites da autonomia negocial coletiva segundo a jurisprudência. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 82, n. 4, p. 47-84, out./dez. 2016.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; FARINA, Bernardo Cunha. A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo: v. 79, n. 3, p. 63-103, jul./set. 2013.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. *Recurso Ordinário n. 0000707-37.2013.5.02.0064*, da 3ª Turma. Relator: Juíza Luciana Carla Correa Bertocco. São Paulo, 16 de junho de 2015. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/EasySearchFrontEnd/AcordaosUnificados.jsp>> Acesso em: 11 nov. 2017.

SEVERO, Valdete Souto. *Projeto de Reforma trabalhista: um escárnio!* 2017. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2017/04/18/projeto-de-reforma-trabalhista-um-escarnio/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

SILVA, Luís Fernando. Reformas Trabalhista e Previdenciária: retrocesso social. *Revista OAB/RJ*, Rio de Janeiro: ed. especial – Revista CJT, p. 01-13, 2017. Disponível em: <<http://revistaelectronica.oabrp.org.br/wp-content/uploads/2017/07/Luis-Fernando-ARTIGO.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

SOUZA JUNIOR, Ulisses Lopes de. *Reflexão sobre a Reforma Trabalhista Brasileira*. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65938/reflexao-sobre-a-reforma-trabalhista-brasileira>>. Acesso em: 30 set. 2018.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Direito material do trabalho: noções introdutórias, relação de emprego e contrato de trabalho*. Vol I. Curitiba: Juruá, 2014.