

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO

FELIPE WEBER DA CRUZ

**O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DA
NORMA MAIS FAVORÁVEL**

Porto Alegre

2018

FELIPE WEBER DA CRUZ

**O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DA
NORMA MAIS FAVORÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Coimbra Santos

Porto Alegre

2018

FELIPE WEBER DA CRUZ

**O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DA
NORMA MAIS FAVORÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Departamento de Direito
Econômico e do Trabalho da
Universidade Federal do Rio Grande do
Sul, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Ciências
Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Doutor Rodrigo
Coimbra Santos

Aprovado em: Porto Alegre, ____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Rodrigo Coimbra Santos (Orientador)
UFRGS

Professor Doutor Francisco Rossal de Araújo
UFRGS

Professora Doutora Sonilde Kugel Lazzarin
UFRGS

RESUMO

Este trabalho objetivou analisar a amplitude do princípio da norma mais favorável, com o intuito de verificar se a norma resultante da negociação coletiva pode suprimir ou reduzir direitos previstos em lei. Para tanto, tratou-se das relações entre a lei e os instrumentos da negociação coletiva, sobretudo em função do advento da Lei nº 13.467/2017, que alterou significativamente o modo pelo qual ocorria essa interação. Percorreu-se um caminho que tornou visualizável os fundamentos do princípio da proteção até a sua relatividade em face da demanda de flexibilização do direito do trabalho. Ao final, analisou-se o princípio da norma mais favorável por meio de duas dimensões: a da proteção estatal e a da flexibilização, com o intuito de cotejar os diversos posicionamentos doutrinários acerca do princípio, buscando associar padrões e contrastes entre eles. Por derradeiro, foi possível encontrar fundamentos que permitem a recolocação do princípio em moldes de menor rigidez. Reconheceram-se, todavia, elementos que obstam a efetividade da prevalência do negociado sobre o legislado no caso brasileiro. Para a realização da pesquisa, foi adotado o método dedutivo, a partir da análise das concepções doutrinárias, da legislação e também da jurisprudência. Além disso, buscou-se realizar um paralelo com a experiência de outros ordenamentos, assim como foram utilizadas contribuições doutrinárias desses provindas.

Palavras-chaves: Negociação coletiva. Princípio da norma mais favorável. Flexibilização.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA E AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO.....	8
2.1 CONCEITUAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO	8
2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES	9
2.3 UNIDADE OU PLURALIDADE DOS CENTROS DE PRODUÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS	11
2.4 AS SINGULARIDADES DAS FONTES DE DIREITO DO TRABALHO	12
2.5 AUTONOMIA COLETIVA DOS PARTICULARES	15
2.6 INSTRUMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA ENQUANTO FONTES DE DIREITO DO TRABALHO	18
2.6 MODELOS NORMATIVOS LABORAIS: O LEGISLADO E O NEGOCIADO.....	19
2.7 RELAÇÕES ENTRE LEI E AUTONOMIA COLETIVA.....	22
2.7.1 Hierarquia das Normas	22
2.7.2 Da Sistemática Antiga à Sistemática Atual	23
3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR – DOS FUNDAMENTOS À RELATIVIDADE	27
3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	27
3.2 CONCEITO E FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR	30
3.3 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	32
3.4 OUTRAS CONSTRUÇÕES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO: A RELATIVIDADE DA PROTEÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO	35
3.5 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS .	40
3.6 A OPOSIÇÃO ENTRE FLEXIBILIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS.....	44
4 A AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL.....	46

4.1 O PRINCÍPIO NA DIMENSÃO DA PROTEÇÃO ESTATAL DO TRABALHADOR	47
4.2 O PRINCÍPIO NA DIMENSÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA.....	48
4.3 A ORGANIZAÇÃO SINDICAL ENQUANTO OBSTÁCULO À PLENA VALORIZAÇÃO DA AUTONOMIA COLETIVA.....	57
4.4 PARALELO COM A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA.....	61
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho envolve a prevalência do modelo negociado sobre o modelo legislado, questão que decorre da singularidade do direito do trabalho apresentar um pluralismo de fontes de direito. Mais especificamente, será tratado do princípio da norma mais favorável, que se apresenta como o critério concebido para o caso de conflito entre normas oriundas de fontes de diferente hierarquia.

A problematização aqui tratada consiste na seguinte questão: à luz do princípio da norma mais favorável, podem as fontes negociais suprimir ou reduzir direitos previstos em lei?

Para tanto, objetiva-se analisar a amplitude desse princípio, isto é, medir o seu alcance a partir das diferentes leituras que são feitas sobre ele. Precipuamente, não se procura estudar de forma detida as matérias passíveis ou infensas de negociação coletiva. Também não se procura valorar a flexibilização e a negociação *in pejus* em face do princípio da norma mais favorável (isto é, se configuram um avanço ou um retrocesso), e sim teorizar sobre essas alterações que foram absorvidas pelo direito.

Justifica-se essa pesquisa em função do advento da Lei nº 13.467/2017, que, por meio do seu art. 611-A, impactou significativamente o direito coletivo do trabalho e alterou a compreensão da negociação coletiva. Considerando que a Reforma Trabalhista, como denominada a referida lei, apresenta-se como a mais profunda modificação legislativa no sistema juslaboral brasileiro, importante que sejam feitos aportes sobre as alterações, pelo que esse trabalho busca teorizar acerca de questões pontuais em face de tais mudanças, contribuindo especificamente para a análise da amplitude do princípio da norma mais favorável.

No primeiro capítulo, serão lançadas as bases para a estruturação do problema, partindo da abordagem das fontes de direito do trabalho, da singularidade desse ramo que consiste na presença de normas originadas da autonomia coletiva dos particulares, da diferença entre os modelos laborais negociados e legislados e, por fim, da questão relativa à hierarquia das fontes e da comparação entre a sistemática antiga e a atual.

No segundo, tratar-se-á do princípio da proteção, com o intuito principal de tornar visualizáveis as duas dimensões sobre as quais será analisado o princípio da norma mais favorável, quais sejam, a dimensão da proteção estatal e a dimensão da flexibilização. Para tanto, será trilhado um caminho desde os fundamentos da proteção até a sua relatividade.

No terceiro e último capítulo, será analisado o princípio da norma mais favorável, buscando verificar e cotejar as diferentes concepções sobre ele encontradas.

Para a realização da pesquisa, foi adotado o método dedutivo, utilizando como técnica de pesquisa a análise das concepções da doutrina, da legislação e também da jurisprudência. Por se tratar de um modelo novo no ordenamento brasileiro, busca-se fazer um paralelo com a experiência de outros ordenamentos, assim como utilizam-se contribuições doutrinárias desses provinda, respeitadas as particularidades inerentes a esses sistemas. Em função disso, foram usados como sinônimas as expressões “norma mais favorável”, “*favor laboratoris*” e “tratamento mais favorável”. Ao final, tais elementos foram aplicados à hipótese de pesquisa, chegando-se às conclusões sobre o tema.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA E AS FONTES DO DIREITO DO TRABALHO

2.1 CONCEITUAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

O tema relativo às fontes do ordenamento jurídico configura um dos mais nobres e fundamentais de todo o Direito. Tem por objeto o exame das causas e fundamentos remotos e emergentes no fenômeno jurídico, assim como os meios pelos quais esse fenômeno exterioriza-se.¹ A teoria das fontes do direito pode ser considerada a base de todos os estudos jurídicos, prendendo-se à própria essência do direito. No ramo específico do Direito do Trabalho, esse tema possui especial significado, conforme adiante se demonstrará. A fim de não fugir dos limites e fins deste trabalho, não será realizado um estudo completo da matéria, somente serão introduzidas noções necessárias para o desenvolvimento do tema.

As normas jurídicas, componentes da exteriorização do fenômeno jurídico, são o resultado da pressão dos fatos sociais tensionados sob valores. No direito do trabalho, os fatos econômicos e trabalhistas que se sucederam após a Revolução Industrial constituem a base sob a qual a disciplina foi construída.² Da formação dos aglomerados em torno da máquina de vapor então descoberta até os mais variados modos de trabalho contemporâneos, percebe-se não somente um fenômeno jurídico-normativo, mas também sociojurídico – evidenciado pela produção normativa dos grupos existentes na sociedade.

Alice Monteiro de Barros bem sintetiza o conceito de fontes por meio de quatro aspectos³. Na linguagem popular, fonte é nascente, tudo aquilo de onde se origina alguma coisa. Sob o enfoque jurídico, fonte é a origem do direito, conjugando os fatores sociais, econômicos e históricos. Como fundamento de validade da norma jurídica⁴, a fonte compreende um conjunto de normas, no qual as normas de hierarquia superior suportam as de hierarquia inferior. Por fim, entende-se por fonte a exteriorização do direito, os modos pelos quais se expressam as normas jurídicas.

¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 132.

² NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011, pg. 29.

³ BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 80.

⁴ Tal fundamento remonta à visão kelseniana da validade jurídico-positiva da norma jurídica. BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho**. 13º ed. Ver. Atual. E apli. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 49.

Conceituadas as fontes e realizadas as considerações que demonstram sua importância para o estudo do direito do trabalho, passa-se à classificação.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS FONTES

Para melhor compreensão da temática que segue, faz-se necessário delimitar a classificação das fontes de direito do trabalho. Desse modo, serão demonstradas as diferentes categorizações e seus respectivos fundamentos, que apresentam variações a depender dos autores utilizados.

A doutrina tende a utilizar a classificação das fontes entre fontes formais e fontes materiais. Arnaldo Süssekind define que por fontes formais entendem-se aquelas que geram deveres e obrigações sobre as quais incidem e, por sua vez, são motivadas ou inspiradas pelas fontes materiais de direito, que envolvem fatos históricos, sociais, declarações formais, recomendações de organismos internacionais e tratados não ratificados⁵.

Eu outras palavras, as fontes materiais atuam no momento pré-jurídico, que compreende todos os fatores que conduzem à emergência e construção da regra de Direito. De outra banda, no momento tipicamente jurídico – já considerada a norma plenamente construída – pode-se falar em fontes formais, pois já se percebem os mecanismos exteriores e estilizados pelos quais as normas se expressam.⁶

Na esteira dessa classificação, as fontes formais se subdividem em fontes formais autônomas e fontes formais heterônomas. As primeiras também são designadas como fontes profissionais, primárias e não estatais, ao passo que as últimas também podem ser chamadas de imperativas, estatais e indiretas. Essa subdivisão parte de dois critérios: a origem da regra (seu centro de produção) e o método de sua produção (isto é, com ou sem a participação dos seus destinatários finais).

As fontes formais heterônomas compreendem as normas de origem estatal, como a Constituição, as leis, medidas provisórias, decretos e outros diplomas resultantes do processo legislativo estatal. Portanto, são normas cuja produção não conta com a imediata participação dos destinatários principais. As fontes formais autônomas possuem o sinal inverso, uma vez que se definem pela imediata

⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 115.

⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 133.

participação dos destinatários. Abarcam as normas que nascem dos segmentos ou organizações da sociedade civil, como os costumes e os instrumentos da negociação coletiva privada (contrato coletivo, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho).⁷

A usual classificação das fontes formais e fontes materiais é, todavia, rechaçada por parte da doutrina. Segundo Miguel Reale, revela-se fundamental o emprego do termo fonte do direito para indicar tão somente os processos de produção das normas jurídicas, pois a antiga distinção causa equívocos nos domínios da ciência jurídica. Assim, parte para uma concepção de tipologia diversa⁸.

Para o autor, os processos de produção sempre pressupõem uma estrutura de poder. Tais estruturas abarcam tanto o poder capaz de assegurar ele próprio o adimplemento das normas que emana quanto outras formas subordinadas de poder que criam relações com garantia de execução outorgada pelo Estado. Isto é, embora as formas subordinadas de poder não possam assegurar a execução, tem-se a possibilidade de o Estado garantir o seu adimplemento.

Os fatos históricos, sociais e econômicos que naquela tipologia compunham as fontes materiais, nesta são concebidos como objeto dos estudos sociológicos, filosóficos ou de motivos diversos que implicam no surgimento e transformação da norma jurídica – situando-se, portanto, fora do campo da ciência do direito. O conceito de fontes do direito, ainda de acordo com o referido autor, pode ser descrito como todos os “processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”.⁹

Nesse contexto, conclui-se que a crucial diferença entre as categorizações expostas envolve a positivação das normas com força obrigatória. Como se verá, a nomenclatura de ambas as tipologias serão utilizadas neste trabalho. Cumprida a tarefa de elucidar tais conceitos, passa-se à questão da unicidade ou pluralidade dos centros de produção das normas jurídicas.

⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 137.

⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 139.

⁹ Ibidem, p. 140.

2.3 UNIDADE OU PLURALIDADE DOS CENTROS DE PRODUÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

Preliminarmente ao estudo do pluralismo jurídico, deve-se tratar da unidade ou pluralidade dos centros de produção das normas jurídicas, que são explicadas por duas teorias principais: a teoria monista e a teoria pluralista.

Pela teoria monista entende-se que as fontes formais do Direito surgem de um único centro de posituação, que é o Estado, dotado do poder de coerção/sanção. Antônio Carlos Volkmer lista quatro pressupostos que moldam a doutrina do monismo jurídico: a) estatalidade (somente o sistema legal posto pelo Estado é considerado direito positivo, não existindo positividade fora do Estado e sem o Estado); b) unicidade (sistema único de normas jurídicas integradas); c) posituação (representação de um sistema legal posto oficialmente, composto de regras formais e coercitivas); e, por fim, d) racionalização (especialização científica e técnica que justifica um ordenamento jurídico cujas leis são obrigatoriamente enquadradas na rigidez hierárquica de um estatuto legal-racional).¹⁰

Importante salientar que a ascensão do monismo jurídico coincide com a escola do positivismo jurídico, período em que ocorrera a gradativa redução do Direito Estatal ao Direito Positivo, bem como da postulação de que somente o Direito Positivo é verdadeiramente Direito.¹¹ Daí decorre a visão kelseniana anteriormente referida de fonte do direito enquanto fundamento de validade jurídico-positiva da norma jurídica.

Por outro lado, a teoria pluralista cede o espaço dessa cultura jurídica estatal a uma nova cultura jurídica com outras fontes de produção. Na definição de Antonio Carlos Volkmer, o pluralismo jurídico pode ser entendido como a “multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais materiais e culturais”.¹²

Desconsidera, portanto, a ideia de exclusividade da produção normativa por parte do Estado, tendo em vista a existência de diferentes centros de produção na

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 60 et seq.

¹¹ Ibidem, p. 55.

¹² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do Direito...**, Op. Cit., p. 219.

sociedade civil.¹³ Os instrumentos jurídicos da negociação coletiva e os costumes exemplificam esses distintos centros. Nesta teoria, não se nega o caráter central do Estado no sistema de produção de normas, porém se admite a interação de outros centros.

Pode-se vislumbrar a superação do monismo pelo pluralismo a partir da ilustração de Mauricio Godinho Delgado com o costume, fonte que encontra seu fundamento de validade e eficácia na própria e reiterada legitimação sociopolítica e cultural em que surge e se reproduz, e não em uma posterior chancela estatal. O mesmo ocorre com regras coletivas privadas, que regulam relações jurídicas em direções que sequer encontram respaldo na ordem justarabalista estatal.¹⁴

Nesse sentido, nas convenções coletivas de trabalho se percebe uma ampla produção de normas jurídicas nascidas das relações sociais e da vida produtiva, de modo que a interferência do Estado se dá com a outorga de validez e eficácia a essas normas jurídicas nascidas das fontes extraídas da realidade social. Uma das diferenças entre esse instrumento normativo não-estatal e a legislação estatal é a de que esta possui caráter genérico, desconsiderando particularidades regionais, setoriais da produção e especificidades das profissões. Portanto, as convenções coletivas de trabalho buscam soluções diante de situações concretas – e estreitamente ligadas com a realidade.¹⁵

Passadas tais distinções iniciais acerca das teorias referentes à unicidade ou pluralidade dos núcleos de produção das normas jurídicas, avança-se às singularidades das fontes de direito do trabalho.

2.4 AS SINGULARIDADES DAS FONTES DE DIREITO DO TRABALHO

No direito do trabalho evidencia-se, em relação aos outros ramos do Direito, o pluralismo de fontes. Isso porque, nesse ramo, a norma jurídica não é unicamente produto do Estado, mas também dos grupos econômicos e profissionais. Esse aspecto ganha relevo à medida que se estuda o direito coletivo do trabalho, objeto deste trabalho, razão pela qual se impõe a análise da diversidade de fontes no direito do trabalho.

¹³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 135.

¹⁴ Ibidem, p 136.

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do Direito...**, Op. Cit., p. 293.

No mesmo sentido, Mauricio Godinho Delgado aponta que o tema das fontes de direito apresenta notável especificidade no ramo justralhista em relação aos demais ramos existentes. Tal ocorre em razão de o direito do trabalho comportar um elemento diferenciador, ao menos nos modelos dominantes nos países democráticos centrais, que é a forte presença de regras providas da fonte privada em anteposição às regras providas da fonte estatal. Nesse contexto, revela-se importante a pesquisa de mecanismos jurídicos que autorizem e favoreçam a produção autônoma coletiva de regras nesse universo jurídico especializado, sobretudo em modelos de forte tradição heterônoma, como é o brasileiro.¹⁶

O ordenamento jurídico trabalhista conta com dois grandes setores de produção jurídica: o Estado e a autonomia coletiva dos particulares. A prevalência do Estado submete inúmeras concessões à atuação dos particulares, o que denota a combinação coerente dos dois grandes centros. O grau dessa variação depende do sistema de normas de cada país, sendo que, em muitos países, a autonomia privada coletiva sobrepõe-se ao poder normativo estatal – respeitados os dispositivos constitucionais.¹⁷

Concomitantemente com a produção de leis, há uma contínua produção de vínculos jurídicos que nasce diretamente da sociedade organizada em grupos. Da autonomia coletiva não pode resultar uma lei; pode, todavia, derivar uma norma jurídica.

Nesse sentido, leciona Amauri Mascaro Nascimento que o pluralismo jurídico compreende um sistema normativo de fontes múltiplas estatais e não estatais que se combinam. Dentre aquelas, cita-se o poder normativo dos grupos sociais, sobretudo das organizações sindicais e empresas no exercício do diálogo, visando à solução dos conflitos existentes. Manifesta-se, portanto, a vontade dos atores sociais com a autoridade reconhecida pelo Estado de produzir normas.¹⁸

A teoria do direito social, ainda de acordo com o citado autor, é uma das teorias que demonstram a natureza plural do direito do trabalho, uma vez que ressalta a autonomia dos grupos profissionais e econômicos e os ajustes de

¹⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p 133.

¹⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 387.

¹⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito contemporâneo do trabalho...**, Op. Cit., p. 134.

natureza normativa que produzem.¹⁹ Além disso, por meio dessa teoria compreende-se o fenômeno caracterizado pelo papel crescente do direito extraestatal e não oficial que emana dos grupos espontâneos de interessados e os seus respectivos acordos. Entende-se que há um direito social resultante da atividade desses grupos existentes na sociedade.²⁰ Tal teoria, desenvolvida por Georges Gurvitch, opõe-se ao direito individualista oriundo da Revolução Francesa, evidenciando a predominância do interesse coletivo sobre o interesse individual²¹ – pelo que se empregou a nomenclatura do direito social, expressão utilizada por diversos autores.²² Nesse contexto individualista da Revolução Francesa combinado com a Revolução Industrial, surge o Estado Liberal, marcado pela rarefação legal e ausência de quaisquer relações coletivas.

Ainda em relação a essa teoria, Carmem Camino ressalta que o direito social não deve ser reduzido à normatividade estatal, pois implicaria em compreensão parcial do fenômeno do direito moderno relativo à autorregulação das coletividades organizadas. Impõe-se, dessa forma, o reconhecimento de uma “pluralidade de ordens”, que leva à descentralização normativa e legitima um direito preexistente na sociedade. Diferente do pressuposto da sanção, assimilado pela teoria monista e escola do positivismo jurídico, na teoria de Georges Gurvitch tal poder não reveste caráter fundamental, porque a força obrigatória vem do próprio grupo, um todo resultante do direito de comunhão que se autorregula num direito de integração, em uma associação igualitária de colaboração (e não numa associação hierárquica de dominação).²³

Percebe-se, assim, que não é o monismo jurídico que explica o direito do trabalho, mas o pluralismo jurídico, pressuposto da coexistência de ordenamentos menores espontaneamente constituídos na sociedade. O direito do trabalho contemporâneo tem na autonomia coletiva dos particulares uma das suas mais valiosas construções.²⁴

¹⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 389.

²⁰ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 168.

²¹ CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito social: denominação, conceito e conteúdo**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 35, n. 1 (1939), p. 218, disponível online em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65900/68511>

²² Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 294.

²³ CAMINO, Carmen. A autonomia coletiva. Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário. Porto Alegre, n.3, nov./dez. 2004, p. 6-7.

²⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 397.

2.5 AUTONOMIA COLETIVA DOS PARTICULARES

A autonomia da vontade, conforme a lição de Miguel Reale, apresenta-se como o “poder que tem cada homem de ser, de agir e de omitir-se nos limites das leis em vigor, tendo por fim alcançar algo de seu interesse que, situado no âmbito da relação jurídica, se denomina bem jurídico”.²⁵ É na fonte negocial que se evidencia a exteriorização da autonomia da vontade, quando os indivíduos e grupos convencionam livremente, dando origem a formas e modelos jurídicos que os vinculam à prática de direitos e deveres (vale lembrar, na medida dos limites impostos pela lei).

No que diz respeito às negociações coletivas, destaca-se a autonomia privada coletiva, que se consubstancia no poder de auto-regulamentação, resultante da livre e direta negociação entre entes privados, tais quais os sindicatos e os empregadores. Tem como premissa o caráter pluralista da sociedade e da ordem jurídica, considerando que o direito positivo não somente advém da fonte estatal, mas também da função legislativa anômala que é delegada aos grupos sociais.²⁶ Portanto, a concepção normativa do pluralismo jurídico antes vista é o pressuposto da autonomia coletiva dos particulares.

Essa função legislativa de criar normas jurídicas, tipicamente de direito público, é delegada aos entes sindicais, que têm natureza de pessoa jurídica de direito privado, e possuem extensão coercitiva para além das partes contratantes. Quanto à eficácia, no direito coletivo do trabalho, não se nota a ideia contratual do princípio da relatividade dos contratos, pelo qual os contratos somente obrigam as partes contratantes. As normas resultantes da negociação coletiva geram direitos e deveres para terceiros, produzindo eficácia em relação a todos os trabalhadores e empregadores das categorias que figuram como partes, independente da anuência dos destinatários da norma, do fato de serem associados ou não, e do resultado da negociação.²⁷

Embora tenha se associado a autonomia coletiva com o referido fenômeno da descentralização normativa, ela é, verdadeiramente, uma capacidade normativa própria à organização associativa, pela qual a tutela do interesse do grupo,

²⁵ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito...**, Op. Cit., p. 179.

²⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 450.

²⁷ COIMBRA, Rodrigo. **Efetivação dos direitos com objeto difuso**. São Paulo: LTr, 2015, p. 81.

impessoal e coletiva não se confunde com os interesses individuais de cada integrante, como uma projeção da autonomia individual. Portanto, a autonomia coletiva envolve um poder normativo, consubstanciado no poder de autorregulação, de fazer a própria lei para toda a coletividade abrangida. Mesmo que essa lei possua caráter privado decorrente de um contrato coletivo, ela pode ser invocada como verdadeira fonte formal de direito, a exemplo da Lei 8.984/1995, que legitima os sindicatos a ajuizarem ações visando o cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho.²⁸

Para que possa vigor o princípio da autonomia coletiva, faz-se necessário que as partes estejam em igualdade. Para tanto, a legislação protege os representantes sindicais dos empregados, que necessariamente devem participar das negociações coletivas e dos dissídios coletivos, conferindo a eles alguns direitos especiais, como a estabilidade. Assim, não se parte da noção de que as partes são desiguais.²⁹

Carmem Camino bem sintetiza os vetores da autonomia coletiva, a seguir descritos: a) traduz-se em poder normativo; b) tem natureza privada e constitui simples projeção da autonomia individual, embora seja considerada resultado do fenômeno da descentralização normativa; c) estabelecido o regramento das relações individuais por meio de instrumentos de negociação coletiva, as normas ali constantes configuram direito em tese; e d) o regramento das relações individuais estabelecido nos instrumentos de negociação coletiva tem força vinculante reconhecida pelo ordenamento estatal, tratando-se, pois, de fontes formais de direito.³⁰

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva, nomenclatura utilizada por Mauricio Godinho Delgado³¹, revela a justificativa da existência do direito coletivo do trabalho, expressando o caráter democrático da descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. Conclui, portanto, que a antítese do direito coletivo é o retraimento do procedimento negocial coletivo. A autonomia ganha relevo com a Constituição Federal de 1988, como ilustram os arts. 7º, incisos VI, XIII³²; 8º, incisos I, III, VI³³ e 9º³⁴. Ganha relevo,

²⁸ CAMINO, Carmen. **A autonomia coletiva...**, Op. Cit, p. 11.

²⁹ COIMBRA, Rodrigo. **Efetivação dos direitos com objeto difuso...**, Op. Cit., p. 80.

³⁰ CAMINO, Carmen. **A autonomia coletiva...**, Op. Cit, p. 12.

³¹ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 1356.

³² CF, Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria

também, porque confere a vocação da negociação aos sindicatos, que inicialmente eram atrelados aos interesses do Estado e influenciados fortemente pelos regimes autoritários brasileiros do século XX.

Na perspectiva do pluralismo jurídico, importa analisar a relação da autonomia da vontade com o Estado, isto é, se a autonomia configura poder originário ou poder derivado do Estado. Segundo a teoria do ordenamento jurídico, de Norberto Bobbio, as normas integram-se a um ordenamento de acordo com os mecanismos de recepção, podendo ser elaboradas por outro ordenamento, ou por delegação do poder normativo pelo Estado para que órgãos inferiores dentro do mesmo ordenamento elaborem a norma. Conforme o escalonamento normativo, o autor conclui que, assim como as normas de um mesmo ordenamento podem ser hierarquizadas, os vários ordenamentos que se relacionam também o podem – de modo que a autonomia configura poder derivado do Estado.³⁵

No caso brasileiro, em virtude do papel predominante da lei na regulação do trabalho e da influência da tradição romano-germânica, a doutrina vê a autonomia coletiva dos particulares como fonte derivada. Todavia, a crescente valorização da autonomia³⁶ enseja uma alteração nas fontes de direito do trabalho, alçando-se a autonomia para nível próximo ao da produção normativa estatal – embora ainda se trate de fonte derivada.

de sua condição social:

[...]

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

[...]

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.

³³ CF, Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

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

[...]

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

[...]

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

³⁴ CF, Art. 9º 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.

³⁵ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Autonomia privada coletiva**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 21 apr. 2018, p. 137.

³⁶ Essa valorização crescente da autonomia privada coletiva não se percebe somente na esfera trabalhista, mas também nas áreas do direito do consumidor e do meio ambiente.

No que toca aos modelos normativos laborais, percebe-se uma variação da relevância atribuída à autonomia coletiva. Pelo lado legalista, há uma tendência por reservar papel central, independente das vontades individuais; pelo lado negocialista, prestigia-se a autonomia da vontade. Certo é que, no caso brasileiro, há um sistema híbrido em que se entrelaçam as características de um ou outro modelo, razão pela qual importa a análise de tais atributos. Importa, ainda, em razão das alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017, que pesou a balança em favor da negociação e da autonomia da vontade, como será demonstrado ao final deste capítulo.

2.6 INSTRUMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA ENQUANTO FONTES DE DIREITO DO TRABALHO

A Constituição Federal outorgou caráter normativo do acordo coletivo de trabalho e da convenção coletiva de trabalho no seu art. 7º, inciso XXVI³⁷, e a CLT positiva-os para regulamentar as relações laborais em concreto, embora em nenhum momento o ordenamento qualifique tais instrumentos como fontes de direito. Todavia, a realidade demonstra que são aptos para normatizar as relações jurídicas

Délio Maranhão conjuga a ideia do pluralismo de fontes do direito e das fontes originadas da autonomia privada:

A ideia de que há mais de uma ordem jurídica dentro da sociedade, de que nem todo direito é 'legislado' – a teoria pluralista das fontes do direito -, ganha cada vez mais terreno entre os cultores da ciência jurídica. As convenções coletivas de trabalho, os estatutos das sociedades anônimas, por exemplo, são outras tantas fontes do direito. São atos-regra, na terminologia de *Duguít*, criadores de uma situação jurídica impessoal, geral, objetiva. Contêm, como a lei e o costume, uma regra de direito.³⁸

A convenção coletiva de trabalho, mais ampla que o acordo, configura um instrumento negociado no âmbito de categorias econômicas e profissionais, representadas pelos respectivos sindicatos. Possui vigência normativa, isto é, seu entendimento aplica-se aos sócios e não sócios dos sindicatos que são parte da

³⁷ CF, Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

³⁸ SÜSSEKIND, Arnaldo..[et. al]. **Instituições de direito do trabalho** – 18ª ed. atual. – São Paulo: LT, 1999, p.160.

negociação, incluindo toda a categoria. A categoria, por sua vez, é representada pelo sindicato, e nela se incluem todos aqueles que, pelo tipo de relação de emprego, pertencem ao mesmo ramo, excluindo-se apenas aqueles que, pelo tipo de profissão, pertençam a categoria diferenciada. Um sindicato de metalúrgicos, por exemplo, representa todos os trabalhadores da indústria metalúrgica de determinada região, independente da sua profissão. Todavia, se nessa base existir categoria diferenciada dos motoristas, por exemplo, os trabalhadores desta serão agrupados no sindicato dos motoristas, independente do ramo da atividade econômica. Tem-se, portanto, que o sujeito estipulante da convenção é o sindicato, mas a parte é a categoria, pois é sobre ela que os efeitos se projetam. Por outro lado, o acordo coletivo de trabalho destina-se a atender as peculiaridades da empresa em relação ao seu pessoal. O legitimado a negociar também é o sindicato da categoria, mas os efeitos não serão estendidos ao nível dessa, e sim no âmbito da empresa ou das empresas acordantes. Do mesmo modo que o instrumento anterior, as cláusulas são aplicáveis a todos os empregados da empresa, sócios ou não do sindicato.³⁹

Outro aspecto relevante para a constatação desses instrumentos enquanto fonte é a tendência natural da migração dos direitos inicialmente previstos em negociação para o âmbito das leis. Amauri Mascaro Nascimento refere que esse movimento se apresenta maior do que se supõe, a exemplo da gratificação natalina e da estabilidade da gestante.⁴⁰

A partir disso, resta clara a interação entre as fontes para a formação do direito do trabalho e, portanto, da natureza jurídica dos acordos e convenções coletivas de trabalho enquanto autênticas fontes de direito.

2.6 MODELOS NORMATIVOS LABORAIS: O LEGISLADO E O NEGOCIADO

O modelo pode ser definido como um esquema descritivo e representativo de um fenômeno da realidade social. Trata-se de padrões de estruturação normativa que refletem a organização das relações de trabalho e do ramo justabalhista. O ordenamento de cada país sofre um sem número de influências de ordem cultural, religiosa, política, geográfica e econômica; todavia, isso não obsta a observância de

³⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 460-463.

⁴⁰ Ibidem, p. 404.

grandes padrões, em linhas gerais, que dão origem aos modelos seguidos nesses países.

Em caráter amplíssimo, são exemplos de modelos o sistema romano-germânico, característico pelo direito escrito e legislado, e o anglo-saxônico, que é casuístico e não codificado. Cada modelo possui uma significação que o individualiza, e tal não é diferente no direito do trabalho. Embora, nesse ramo, tenham sido desenvolvidos diversos modelos⁴¹, para os fins deste trabalho cabe analisar detalhadamente os modelos legislado e negociado – classificação realizada de acordo com as fontes e com o tipo predominante de norma que preside o sistema.

Desse modo, a diferença entre o modelo legislado e o modelo negociado reside no tipo de norma preponderante que existe em cada um, tendo em vista que ora o papel mais destacado é atribuído à lei, ora é atribuído às convenções coletivas. A distinção está no realce que cada modelo dá a esses dois tipos de fontes formais do direito; isto é, na posição que lhes é atribuída no ordenamento jurídico. Apesar disso, inegável que na substância de ambos os sistemas está incluído o complexo de normas estatais.

Além disso, importa destacar que ambos os sistemas partem de parâmetros democráticos, em oposição aos modelos corporativo-autoritários, que repelem a gestão democrática das relações de trabalho e repudiam a dinâmica do conflito, exemplos clássicos das experiências fascistas europeias da primeira metade do século XX. Nestas, o núcleo fundamental das normas justralhistas concentrava-se no Estado, negando-se o conflito privado e as composições autônomas e negociais que daí decorrem.⁴²

Os **modelos legislados** são qualificados pela menor dimensão da autonomia da vontade e das negociações coletivas e pelo maior dirigismo do Estado nas relações de trabalho. Também há significativa amplitude das leis, constitucionais

⁴¹ Dentre esses outros modelos pode-se citar o modelo jusnaturalista (que coloca o ideal de justiça acima dos ordenamentos jurídicos da vida social); o modelo sociojurídico (que compreende o direito não só como norma, mas também como reflexo das instituições, atuação de grupos sociais e princípios); o modelo flexibilizado (pelo qual, ante as inovações tecnológicas e novos processos de trabalho, é retraído aquele caráter protetor que visava garantir condições mínimas em um contexto de proletarização do trabalho); e, por fim, o modelo comunitário (que possui um âmbito de validade amplo, resultado de tratados internacionais que criam normas trabalhistas acima dos ordenamentos estatais).

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito Contemporâneo do Trabalho...**, Op. Cit., p. 48 et seq.

⁴² DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. pg. 98.

e infraconstitucionais.⁴³ Maurício Godinho Delgado refere esse modelo como o da normatização privatística mas subordinada, no qual o Estado delimita de maneira significativa a atuação dos particulares, subordinando sua criatividade normativa e estabelecendo um patamar que a ação privada não pode desconhecer. Todavia, esse intervencionismo estatal não é substitutivo e impeditivo da dinâmica privada, tão somente a condiciona e a regulamenta, razão pela qual se fala que a normatização privada é subordinada.⁴⁴

Os **modelos negociados** realçam a autonomia da vontade em detrimento do espaço conferido à lei. Têm por base a iniciativa dos interlocutores sociais, que desenvolvem produção normativa direta sem a interferência estatal, que se limita a legislar sobre temas amplos e genéricos que reputa de maior importância. Valoriza-se o contrato, e o direito coletivo fundamenta-se nos princípios da liberdade sindical, dos contratos coletivos e do direito de greve. Em caso de conflitos coletivos, as formas de composição são, basicamente, privadas, devendo resultar da negociação (não sendo possível, restam a mediação e arbitragem). Os Estados Unidos da América configuram claramente essa hipótese, em que as leis de matéria trabalhista são esparsas e sequer se aventa a ideia de um código do trabalho. Um ponto interessante, é a existência de uma lei de suporte da negociação coletiva que coíbe a má-fé (Wagner Act, 1935).⁴⁵

A normatização autônoma e privatística, nomenclatura utilizada por Mauricio Godinho Delgado e que se associa ao modelo negociado, pressupõe a plena legitimação do conflito entre particulares, que gestam meios e mecanismos de negociação coletiva aptos à criação da norma jurídica. A produção normativa é, de fato, realizada pela dinâmica estabelecida entre os sindicatos, associações profissionais e empregadores, independente das normas serem ou não absorvidas legislativamente pelo Estado. A criatividade privatística posiciona-se em destaque.⁴⁶

Como visto, em tais modelos varia a relação estabelecida entre a lei e a autonomia coletiva, sendo que cada um possui mecanismos próprios para vinculá-los. Segue-se, então, ao estudo dos padrões adotados no caso brasileiro para reger essa relação.

⁴³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 290.

⁴⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 98.

⁴⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 288-289.

⁴⁶ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 97.

2.7 RELAÇÕES ENTRE LEI E AUTONOMIA COLETIVA

O estudo das relações entre a lei e a autonomia coletiva tem como objeto a verificação do tipo de vínculo existente entre os frutos da negociação coletiva, como os acordos e as convenções coletivas de trabalho, e a norma estatal. Nesse vínculo estabelece-se a hierarquia das normas – autônomas e heterônomas – que serão a seguir descritas. Além disso, cabe, nesse momento, localizar na legislação as diretrizes e critérios que devem ser observados para o estabelecimento dessa ordem, fazendo-se um paralelo entre a sistemática antiga e a atual.

As relações entre a lei e os instrumentos podem se dar nos seguintes termos: a) relação de exclusividade, na medida em que, pela reserva, a lei define um campo que lhe é próprio; b) relação de concorrência, em que atuam a lei e o instrumento coletivo em campo comum, ora com supremacia da lei, ora com predominância do instrumento; e c) relação de complementaridade, hipótese que a lei faz remissão ao instrumento, transferindo-lhe a atribuição de regular certa matéria.⁴⁷

2.7.1 Hierarquia das Normas

O direito do trabalho apresenta, como visto, a singularidade do pluralismo de fontes, contando com dois grandes centros de produção jurídica – centrados no Estado e na autonomia coletiva dos particulares. Torna-se importante, portanto, a questão da hierarquia das normas, com a finalidade de pô-las em ordem, graduá-las e organizá-las segundo uma preferência. Pretende-se, com isso, situar as normas decorrentes desses centros de produção normativa em uma escala hierárquica e estabelecer critérios para tanto.

Vólia Bomfim Cassar trata de hierarquia das fontes no sentido formal e material. No sentido formal, tem-se que a ordem é aquela na qual a norma inferior respeita a norma de âmbito superior, de modo que o acordo coletivo, a convenção coletiva e as leis devem respeitar a Constituição – estabelecendo-se, nessa ordem posta, uma graduação.⁴⁸ Assim é nos campos do direito em que só há fontes

⁴⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical...**, Op. Cit., p. 402.

⁴⁸ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 90.

estatais, a hierarquia observa a categoria da autoridade de onde a fonte provém, criando-se degraus de normas como se constituíssem uma escada. Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento refere que Kelsen dá a essa questão uma conotação mais viva a partir da teoria escalonada de formação da ordem jurídica, em que as normas inferiores vão encontrar seu fundamento nas normas superiores.⁴⁹ Portanto, na teoria geral da hierarquia normativa, aplicável ao direito em geral, os diplomas são graduados conforme a sua extensão de eficácia e sua intensidade normativa, criando uma ordem rígida e inflexível.⁵⁰

Por outro lado, no sentido material, confere-se maior maleabilidade da classificação hierárquica anterior em razão da preponderância da norma mais favorável ao trabalhador, decorrente da proteção que é ínsita ao direito do trabalho. Isso significa que deve ser aplicada a norma que proporciona melhores condições ao empregado, mesmo que graduada em posto de menor hierarquia.

Aqui, percebem-se duas as especificidades justralhistas quanto à teoria geral da hierarquia normativa. Primeiro, que não se deve falar somente em hierarquia de diplomas normativos (lei em sentido formal), e sim em hierarquia de normas jurídicas (sejam elas heterônomas ou autônomas). Segundo, que o critério informador da pirâmide hierárquica justralhista – o princípio da norma mais favorável – é diferente do critério rígido que informa o direito comum.⁵¹

Esse princípio sempre foi a diretriz mais considerada para a solução do conflito entre normas; todavia, o quadro alterou-se diante da Lei nº 13.467/2017, a denominada Reforma Trabalhista, como será a seguir visto pela comparação entre as sistemáticas.

2.7.2 Da Sistemática Antiga à Sistemática Atual

A Lei 13.467/17 introduziu significativas alterações na legislação, configurando, possivelmente, a mais impactante mudança no sistema juslaboral brasileiro. Na sistemática anterior à Lei 13.467/17, o princípio da norma mais favorável era concebido como a diretriz mais considerada para a solução do concurso entre normas, somado ao princípio da irrenunciabilidade de direitos

⁴⁹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 531.

⁵⁰ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 171.

⁵¹ Idem.

trabalhistas. Entende-se, por esse princípio, que havendo duas ou mais normas sobre a mesma matéria, será aplicada a mais benéfica ao trabalhador no caso concreto. Pelo art. 7º da Constituição Federal depreende-se que o princípio da hierarquia dinâmica, como é chamado por Amauri Mascaro Nascimento, permite a diversificação da competência para a criação de normas de direito do trabalho. Todavia, para a criação dessas normas, em regra deveriam ocorrer somente alterações *in mellius*, e *in pejus* como exceção, vide o inciso VI do citado artigo que autoriza a redução de salários via negociação coletiva. Chama-se de hierarquia dinâmica pois a distribuição das normas é variável conforme o princípio, não obedecendo a uma ordem estática.

A Lei 13.467/17, além das repercussões no direito individual e direito processual do trabalho, trouxe impactos relevantes no direito coletivo do trabalho, alterando a compreensão da negociação coletiva. Por meio do novel art. 611-A da CLT⁵², vários temas foram listados para que as cláusulas negociais coletivas, quando sobre eles versarem, terão prevalência sobre a lei. Além disso, a técnica legislativa adotada parece indicar moldes meramente exemplificativos, não exaustivos, como se denota da expressão “entre outros” ao final do *caput*.

Portanto, ampliaram-se largamente as parcelas sobre as quais a negociação coletiva pode atuar, alargando as hipóteses de complementaridade que podem ser realizadas por meio desses negócios. Discute-se, assim, acerca do declínio do princípio da norma mais favorável, tendo em vista que o referido artigo permite a negociação *in pejus* no que diz respeito às matérias ali inseridas.

⁵² CLT, Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho, observados os incisos III e VI do caput do art. 8º da Constituição, têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

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;

Por seu turno, o art. 611-B da CLT⁵³ identifica determinadas matérias sobre as quais é vedada qualquer supressão ou redução dos direitos. Agora, a técnica legislativa parece indicar moldes taxativos, com o emprego da expressão “exclusivamente”.

⁵³ CLT, Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- IV - salário mínimo;
- V - valor nominal do décimo terceiro salário;
- VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- VIII - salário-família;
- IX - repouso semanal remunerado;
- X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
- XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
- XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
- XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
- XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
- XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
- XIX - aposentadoria;
- XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
- XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
- XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
- XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;
- XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
- XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
- XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
- XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
- XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
- XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
- XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Superada a delimitação dos objetos sobre os quais versará o desenvolvimento deste trabalho, passa-se ao estudo do princípio da proteção do trabalhador e, por fim, da amplitude do princípio da norma mais favorável a fim de verificar em que sentido ele foi afetado por tais alterações.

3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR – DOS FUNDAMENTOS À RELATIVIDADE

Preliminarmente à análise amplitude da norma mais favorável, que será vista ao final e configura o tema central do trabalho, é preciso tratar do princípio do qual ele se desenlaça. Embora a amplitude envolva posicionamentos com divergências, que pugnam desde a menor proteção estatal do trabalhador até maior autonomia da vontade dos atores sociais, em ambos não se nega a desigualdade que é inerente à relação de trabalho. Esses posicionamentos, em síntese, divergem quanto à forma pela qual se outorga a tutela – e não negam a proteção (ou, ao menos, não deveriam).

O exposto nesse capítulo atende a três fatores necessários que tocam ao objeto do trabalho, que também são fundamentais para a compreensão da reordenação dos princípios com o advento da Lei 13.467/2017. Primeiro, de que o princípio da norma mais favorável, analisado ao final, é considerado uma vertente do princípio da proteção. Segundo, de que este último princípio apresenta uma variação conceitual e há muito discutida, razão pela qual se analisará desde os seus fundamentos até a sua relatividade. Em terceiro, porque é neste contexto de flexibilização que se remete às novas leituras acerca do princípio da norma mais favorável.

Portanto, a partir do que será exposto adiante, visualizar-se-á as duas dimensões sob as quais será analisado o princípio da norma mais favorável, quais sejam, a dimensão dos fundamentos da proteção e a dimensão da flexibilização do direito do trabalho.

3.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CONCEITO E FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Os princípios jurídicos podem ser conceituados como proposições fundamentais que informam a compreensão do fenômeno jurídico. São, basicamente, diretrizes gerais que se deduzem de um sistema jurídico e que, após deduzidas, a ele se reportam, informando-o.⁵⁴ Daí decorre a ideia de que os

⁵⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 180.

ordenamentos jurídicos devem ser construídos e interpretados em sintonia com os princípios que lhe são pertinentes.

Humberto Ávila traz precisa conceituação dos princípios jurídicos:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁵⁵

Quanto à tipologia normativa, diferem das regras, que são descritivas e retrospectivas, cuja correspondência depende da avaliação entre a construção da descrição normativa e a construção dos fatos. Por outro lado, os princípios almejam um conteúdo, estabelecendo um estado ideal de coisas a ser atingido. A instituição desse fim possui grande importância, pois é o ponto de partida para a procura dos meios. Nesse sentido, meios e fins são conceitos correlatos. Por meio dessa proposta conceitual dos princípios, fácil perceber que eles não são valores cuja realização fica ao sabor das preferências pessoais de cada um, mas configuram um dever de adotar comportamentos necessários à realização desse estado de coisas. Para que seja controlável essa realização do estado de coisas, é necessário que se investiguem os princípios e suas diretrizes, tarefa que será adiante feita.⁵⁶

No mesmo sentido, Ronald Dworkin diferencia regras e princípios por meio do nível de abstração de cada um desses tipos; isto é, os princípios são mais abstratos e as regras mais concretas. Enquanto o princípio aponta uma direção, a regra traz uma série de requisitos para as consequências descritas em seu enunciado. Conclui que a diferença entre regras e princípios é de natureza lógica, e distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada (se é válida, a resposta que ela fornece deve ser aceita; se não é válida, em nada ela contribui para a decisão acerca de uma obrigação jurídica em específico).⁵⁷

Portanto, dadas as diferentes maneiras de orientação que oferecem, não se deve analisar a validade dos princípios da forma com que é analisada a validade das regras.

⁵⁵ HUMBERTO, Ávila. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 70.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 71-72.

⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

Importante assentar, aqui, que os princípios se conceituam como proposições fundamentais e diretrizes centrais que se inferem do sistema jurídico. Essa dinâmica realização do estado de coisas pretendido permite a observação de que os princípios se submetem a uma constante superação, pois são sínteses conceituais de nítida inserção histórica, e, portanto, são mutáveis. Eles devem ser preservados na medida em que são preservados os seus limites históricos e conceituais específicos.⁵⁸

Nesse sentido, Maria do Rosário Palma Ramalho destaca que os princípios de direito do trabalho são dinâmicos e inacabados, na medida que constituem um conjunto de elementos positivos e de limites que estão em constante evolução. Esse caráter inacabado dos princípios explica porque eles não são imediatamente aplicáveis, e sim vão se realizando por meio de concretizações em subprincípios menores, cuja evolução também é permanente.⁵⁹

Tratando especificamente dos princípios no direito do trabalho, Américo Plá Rodriguez, que realizou relevante construção jurídica sobre os princípios desse ramo especializado, os conceitua como:

[...] linhas e diretrizes que informam algumas normas e inspiram direta ou indiretamente uma série de soluções, pelo que, pode servir para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver os casos não previstos.⁶⁰

Nessa linha, os princípios podem ser considerados enunciados genéricos, explicitados ou deduzidos do ordenamento jurídico pertinente, destinados a iluminar tanto o legislador, ao elaborar as leis dos respectivos sistemas, como o intérprete, ao aplicar tais normas ou sanar as omissões.⁶¹

Continuando, o autor uruguaio define as funções dos princípios de direito, os quais cumprem tríplice missão: a) informadora (inspiram o legislador, servindo de fundamento para o sistema jurídico; b) normativa (atuam como fonte supletiva, para integrar o direito no caso da ausência de lei); e c) interpretadora (atuam como critério orientador do intérprete). Essa pluralidade de funções demonstra que os

⁵⁸ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 180.

⁵⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho – Parte I – Dogmática Geral**. Coimbra, Almedina, 2005, p. 516.

⁶⁰ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978, p. 16.

⁶¹ SÜSSEKIND, Arnaldo...[et. al]. **Instituições de direito do trabalho...**, Op. Cit., p.151.

princípios podem ser tanto voltados para atividade do criador de normas quanto para a atividade do intérprete.⁶²

Pela importância dos princípios do direito do trabalho, permite-se afirmar que eles são o fundamento do ordenamento jurídico desse ramo, razão pela qual não deve existir contradições entre eles e os preceitos legais, existindo uma mútua influência entre as normas vigentes e os princípios informadores, tendo em vista que a implicação é recíproca.

Para os fins desse trabalho, interessa o estudo do princípio da proteção e a sua vertente da regra da norma mais favorável. Além dessa, também existem as vertentes do *in dubio, pro operário* e da regra da condição mais benéfica.

3.2 CONCEITO E FUNÇÕES DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Além dos princípios gerais do direito, o direito do trabalho possui princípios próprios, assim como os diferentes ramos da ciência jurídica, sendo este o traço que confere autonomia a cada um desses campos. O princípio da proteção configura o principal princípio do direito do trabalho, por influenciar toda a estrutura desse ramo jurídico especializado. Por esse motivo, Mauricio Godinho Delgado refere que o princípio não se desdobra somente nas três vertentes anteriormente citadas. Ele abrange, essencialmente, a maioria dos princípios que regem o direito do trabalho, na medida em que conferem uma proteção especial aos interesses contratuais obreiros. Tal proteção pode ser sentida nos princípios da inalterabilidade contratual lesiva, da continuidade da relação de emprego e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas.⁶³

Nessa esteira, Vólia Bonfim Cassar sustenta que a diretriz básica do direito do trabalho é a proteção do trabalhador, tendo em vista que o empregado não tem a mesma igualdade jurídica do empregador, diferente do que ocorre nas relações jurídicas do direito civil, por exemplo. A finalidade do direito do trabalho é outorgar igualdade substancial entre as partes, razão pela qual é necessário proteger a parte mais frágil dessa relação. É para corrigir essa desproporcionalidade que o direito do trabalho destina maior proteção jurídica ao trabalhador. Invariavelmente, o princípio da proteção caracteriza-se pela intervenção estatal nas relações de emprego, o que

⁶² PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 18.

⁶³ DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 190-191.

limita a autonomia de vontade entre as partes. Por meio dessa intervenção, o Estado legisla e impõe condições que devem ser observadas, formando a estrutura basilar de todo contrato de emprego.⁶⁴

A autora segue afirmando que a proteção passa por grave crise, como se percebe pelo seguinte excerto:

O princípio da proteção do trabalhador, em todas as suas esferas, está atravessando grave crise, modificando o cenário do *welfare state* (sequer vivido no Brasil em sua plenitude) de excessiva proteção para uma realidade de desproteção ou de menos proteção destinada ao empregado. Há até os que defendem que o princípio da proteção não existe (e nunca existiu) e aqueles que acreditam na necessidade de sua futura extinção, em face da dificuldade econômica que atravessa o país e, por isso, advogam pela ausência total do Estado nesta relação entre particulares.⁶⁵

Todavia, não parece adequada a redução utilizada pela autora de total desregulamentação das relações de trabalho e da extinção da proteção. Por isso, pretende-se discutir, no capítulo final, diferentes maneiras de outorgar a proteção, seja ela por meio da intervenção estatal ou por meio da autonomia coletiva dos particulares. O intuito será cotejar qual das formas confere maior integridade ao direito do trabalho, sem negar a juridicidade de ambos os posicionamentos.

O porquê da situação de inferioridade de uma parte contratante e as razões da necessidade do direito remediá-la pode ser explicado por meio de três espécies de inferioridade: inferioridade-constrangimento, inferioridade ignorância e inferioridade-vulnerabilidade. A primeira espécie diz respeito ao consentimento do contratante fraco em seu componente de liberdade, já que ele não pode negociar da melhor maneira com seus interesses, pois não é realmente livre para aceitar ou recusar. Essa espécie não se manifesta somente quando da celebração do contrato de trabalho (como no caso do candidato à admissão que não tem condições de negociar as condições), mas também ao longo de toda a relação de trabalho, na qual o empregado encontra-se em situação perante o empregador que não lhe permite exprimir uma vontade efetivamente livre. A segunda espécie decorre da diferença entre os contratantes serem, de um lado, profissionais, e, de outro, leigos, carecendo esses últimos de conhecimentos técnicos, envolvendo desde noções jurídicas até outras informações que representem a exata dimensão do que

⁶⁴ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 171.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 170.

representa a celebração do contrato. A terceira e última espécie considera o contratante vulnerável pois, na execução do contrato, sua própria pessoa está implicada ou corre o risco de ser implicada. De um certo modo, afeta-se o próprio corpo do trabalhador na execução do contrato de trabalho, razão pela qual devem ser adotadas todas as precauções para que não seja lesado.⁶⁶

Quanto à proteção configurar diretriz básica do direito do trabalho, Arnaldo Süssekind reforça o entendimento de que o princípio protetor resulta de normas que caracterizam a intervenção básica do Estado nas relações de trabalho, visando opor obstáculos à autonomia da vontade, fortemente acentuada nas no Estado Liberal. Essas normas cogentes formam a base do contrato, uma linha divisória entre a vontade manifestada pelos contratantes e a vontade do Estado. Trata-se de “princípio-mater”, que dá origem a outros filhos, que são as vertentes acima referidas.⁶⁷ Portanto, a conclusão do autor aponta no sentido de que a vontade dos contratantes só poderá complementar ou suplementar o mínimo de proteção legal, oposto das alterações legislativas da Reforma Trabalhista que possibilitam a negociação *in pejus*.

3.3 FUNDAMENTOS DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O princípio protetor possui raízes históricas, tendo em vista que a legislação do trabalho se originou a partir da necessidade de corrigir as desproporções da relação obreira. Também foi uma reação aos postulados da Revolução Francesa (1789), inspirados no liberalismo econômico e na filosofia política individualista e igualitária dominantes, as quais, no plano do direito, traduziam-se nos princípios da autonomia da vontade e da liberdade contratual.

Américo Plá Rodrigues leciona que o fundamento da proteção está na própria razão de ser do direito do trabalho. O direito do trabalho nasce diante daquela comentada liberdade contratual entre pessoas com capacidades díspares, que conduzia a diversas formas de exploração, inclusive formas de exploração abusivas e iníquas.⁶⁸ Evidenciava-se a superexploração da mão de obra, submetendo operários a um intenso ritmo de trabalho com longas jornadas, em troca

⁶⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999, p. 23.

⁶⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 110.

⁶⁸ PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho...**, p. 30.

de salários que pouco garantiam a subsistência mínima. Somam-se a esse contexto os locais isolados e insalubres das fábricas e o fato dessas condições alcançarem igualmente crianças e mulheres. Portanto, é certo que, historicamente, a proteção dos trabalhadores iniciou precisamente em função da necessidade de regras relativas à higiene e à segurança do trabalho.

Portanto, fácil perceber que não se pôde manter a ficção de igualdade existente na relação de trabalho, pelo que se infere que o procedimento lógico de corrigir desigualdades é o de criar outras desigualdades. Dessa maneira, se o legislador buscou incluir na lei um sistema de proteção ao trabalhador, o intérprete deve se posicionar com a mesma *ratio legis*, isto é, deve cumprir o mesmo propósito. Permite-se, assim, que o trabalhador recupere no terreno do direito aquilo que perdeu no terreno da economia, pois se percebe claramente o desequilíbrio criado quando se atua somente neste campo. Além disso, não se deve ter a rasa ideia de que a proteção do direito do trabalho ocorre tão somente pela necessidade de proteção dos operários antes descritos. A especial necessidade de proteção do trabalhador possui outro duplo efeito: a) dependência pessoal do trabalhador subordinado às ordens do empregador, que o afeta enquanto pessoa; e b) dependência econômica, que, embora não necessária, aparece no mais das vezes, pois em geral aquele que coloca a força do seu trabalho à disposição de outrem o faz para obter seus meios de vida.

Posiciona-se Américo Plá Rodrigues no sentido de que, para a compreensão do princípio da proteção, não se revela necessário ligá-lo ou condicioná-lo a uma determinada concepção política ou ideológica (como fizera Mario de La Cueva ao associar o direito do trabalho como estatuto que traduz as aspirações de uma classe social). Por fim, percebe-se que, qualquer que seja o fundamento adotado, importante é reconhecer que o sentido protetor do direito do trabalho existe, o que pode ser confirmado pela amplitude do seu reconhecimento.⁶⁹

Com clareza, Luiz de Pinho Pedreira da Silva enuncia ordenadamente quatro fundamentos da proteção do trabalhador. Em primeiro, a subordinação jurídica em face do empregador, revestindo o contrato de trabalho da singularidade de ter uma relação de poder e configurando uma posição de superioridade hierárquica entre os sujeitos. Isso difere o contrato de trabalho dos demais contratos,

⁶⁹ Ibidem, p. 30-33.

em que os figurantes se encontram em plano de igualdade sob o ponto de vista jurídico. Tal subordinação se percebe pelo poder diretivo, que confere ao empregador o direito de comandar e dar ordens, e pelo poder disciplinar, que lhe possibilita aplicar sanções pelo descumprimento daquelas ordens. Em segundo, a dependência econômica do empregado em face do empregador, que, embora não se apresente como elemento conceitual do contrato de trabalho, normalmente existe, porque em regra quase absoluta quem se dispõe ao trabalho necessita do salário como meio de subsistência. Em terceiro, o comprometimento, na execução do serviço, da própria pessoa do trabalhador e da sua incolumidade moral e física, que está sujeita a uma ordem de perigos, tais quais os acidentes de trabalho e doenças laborais, ofensas e assédio sexual. Por fim, em quarto, a ignorância pelo empregado das condições de trabalho e dos seus direitos, especialmente no caso brasileiro, no qual, sublinha o autor, deve ser considerado o alto percentual de analfabetismo e quase analfabetismo da população.⁷⁰

Embora esse reconhecimento seja majoritário, também existem opiniões diversas, que podem ser consubstanciadas na crítica realizada Arion Sayão Romita⁷¹ no sentido de que não constitui função de qualquer dos ramos do direito proteger algum dos sujeitos de dada relação social. Desse modo, a função é regular a relação em busca da realização do ideal de justiça, e, se necessário for, adota-se alguma providência tendente a equilibrar os polos da relação, concedendo alguma garantia, benefício ou vantagem à parte em posição desfavorável. Dito em outras palavras, o direito do trabalho equilibra as posições econômicas dos respectivos sujeitos por meio da concessão de garantias ao mais fraco, com o intuito não de protegê-lo, mas de realizar o ideal de justiça.

Essa visão crítica consoa com outras construções dos princípios do direito do trabalho, como se perceberá a seguir.

⁷⁰ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 24.

⁷¹ ROMITA, Arion Sayão. **Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável**: o negociado e o legislado. Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 69.

3.4 OUTRAS CONSTRUÇÕES DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO: A RELATIVIDADE DA PROTEÇÃO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

No período contemporâneo, surgem outras versões e construções dos princípios no direito do trabalho. Antes, o princípio protetor revelava-se absoluto, como não era diferente de se esperar pelo contexto histórico e pelos fundamentos acima expostos. Todavia, o princípio passa a ser relativo na medida em que cede em algumas situações nas quais a razoabilidade o excepciona.

Amauri Mascaro Nascimento demonstra diferentes concepções doutrinárias acerca dos princípios do direito do trabalho, que reorganizam o sistema antes conhecido. Veja-se, então, cada uma dessas proposições de reorganização principiológica.

O jurista português Bernardo da Gama Lobo Xavier apresenta-se como um dos primeiros críticos do protecionismo, cujo posicionamento é no sentido de que o direito laboral não existe somente para a proteção e defesa dos trabalhadores, tendo em vista que, antes, ele se destina a conseguir o equilíbrio de interesses legítimos e contrastantes – o dos trabalhadores e das entidades patronais. Tal equilíbrio deve ser encontrado em atenção ao bem comum e de acordo com critérios próprios de justiça social. Dessa forma, sustenta que o direito do trabalho atual não se volta somente ao equilíbrio e justiça entre os sujeitos do contrato individual de trabalho ou as suas organizações de classe; ele está profundamente inspirado pelos interesses gerais, porque define a expressão do fator trabalho no mundo sociopolítico, na economia e na organização da empresa. Para ilustrar essa expressão, cita-se a influência determinante das normas laborais na funcionalidade da gestão e na solidez das empresas, bem como na produção e distribuição de rendimentos e, ao cabo, na paz social. Esses valores, conclui o autor, são dificilmente ponderáveis por um critério interpretativo desintegrador e acanhado como o do *favor laboratoris*.⁷²

⁷² Conforme leciona João Leal Amado, pelo *favor laboratoris* ou princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, no tocante às relações entre a lei e a convenção coletiva, permite-se que esta se afaste do regime daquela, desde que as alterações se processem *in melius* e não *in pejus*. Aqui, já se percebe a amplitude do princípio da norma mais favorável que será objeto do capítulo final do trabalho, pois defende Bernardo da Gama Lobo Xavier que o *favor laboratoris* não se sustenta como critério interpretativo, devendo se aplicar às normas de trabalho as regras gerais relativas à interpretação das normas jurídicas.
AMADO, João Leal. **Negociado x Legislado: o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e as relações entre a lei e a convenção colectiva em Portugal**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da

Nesse cenário, tende-se cada vez mais a uma visão do direito do trabalho como estatuto comum da população ativa, determinado pelo interesse público (sobretudo o da política de emprego) e não como uma simples fórmula de composição de interesses individuais das partes contratantes (empregados e empregadores).⁷³

Outra versão é proposta por Maria do Rosário Palma Ramalho, que define os princípios como as valorações culturais ou éticas mais importantes reveladas pelas normas por elas validadas como seu fundamento justificativo. No caso português, são três os princípios que compõe o sistema e dos quais se desdobram outros subprincípios: o princípio do coletivo, o princípio da autotutela laboral e o princípio da compensação.

Pelo princípio do coletivo, valoriza-se o componente coletivo ou de grupo nos fenômenos laborais e no vínculo de trabalho, justificando que o trabalhador e o empregador sejam considerados não tanto como indivíduos, mas, sobretudo, como membros dos grupos com os quais se relacionam. Esse princípio se concretiza e se revela na autonomia coletiva, na primazia do coletivo e na igualdade de tratamento entre os trabalhadores.

O princípio da autotutela laboral assegura a proteção dos interesses do empregador e do empregado e dos seus institutos fundamentais, como o contrato de trabalho e a greve, que se concretizam mediante o poder disciplinar e o direito de greve.

Por fim, o princípio da compensação, que mais interessa para o tema do trabalho, decorre da complexidade estrutural da relação de emprego e da posição que o trabalhador e o empregador nela ocupam. Concretiza-se por meio de dois princípios menores, que dizem respeito a cada uma das partes da relação: o princípio da proteção⁷⁴, que envolve as necessidades da tutela da pessoa e do patrimônio do trabalhador perante o vínculo laboral, e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador, que lhe assegura as condições necessárias ao cumprimento das obrigações contratuais e, indiretamente, viabiliza o contrato de trabalho. Concretizam o princípio da proteção ao trabalhador os

Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011, p. 11.

⁷³ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 470-471.

⁷⁴ A singularidade dogmática desse princípio tem sido contestada, argumento esse que configura na própria recusa da autonomia dogmática do direito do trabalho, como será melhor analisado no tópico acerca da flexibilização de direitos e a crise do direito do trabalho.

subprincípios da segurança no emprego, da suficiência salarial, da conciliação da vida profissional com a vida privada e familiar e o do *favor laboratoris*, ao passo que concretizam o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador os poderes diretivo e disciplinar.

Importante destacar a definição de Maria do Rosário Palma Ramalho, considerando a autoridade que lhe é conferida no tocante ao princípio da compensação:

O primeiro princípio geral do Direito do Trabalho, que emerge do sistema normativo, é um princípio de compensação das partes pelo débito alargado que assumem no contrato de trabalho. Como decorre deste enunciado, o princípio da compensação tem uma estrutura bipolar. Efectivamente, entende-se que ao Direito do Trabalho subjaz, como é de tradição, um princípio geral de proteção, mas considera-se que tal desígnio protectivo não é apenas em favor do trabalhador subordinado, mas também em favor do empregador. Este princípio prossegue um duplo objetivo: relativamente ao trabalhador, o objetivo é compensar a sua inferioridade negocial no contrato de trabalho; relativamente ao empregador, o objetivo é assegurar o cumprimento dos deveres amplos que lhe incumbem no contrato de trabalho e, indirectamente, viabilizar o próprio contrato.⁷⁵

Nesse ponto, cabe antecipar que, na construção de Maria do Rosário Palma Ramalho, o princípio da norma favorável ao trabalhador não é absoluto, embora cumpra importante finalidade. Essa relatividade se percebe nos ordenamentos de alguns países que admitem a derrogação *in pejus* de normas legais pelas convenções coletivas como mecanismo de valorização das negociações coletivas e da autonomia coletiva dos particulares no sistema do direito do trabalho.

Cotejando as construções teóricas dos princípios, a de Américo Plá Rodrigues e a dos críticos contemporâneos acima expostas, Amauri Mascaro Nascimento apresenta duas conclusões. A primeira, de que a construção clássica do autor uruguaio apresenta uma concepção universalista e unilateralista, nem sempre coincidente com a realidade do direito positivo de um país em determinado momento histórico. Segundo, que as proposições dos autores portugueses revelam uma concepção dialética e multilateral, enxergando no sistema legal a base do suporte dogmático dos princípios jurídicos. Portanto, nesta última concepção, destaca o seguinte:

⁷⁵ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho – Parte I – Dogmática Geral...**, Op. Cit., 520.

Aditem a compensação – referem-se ao desequilíbrio entre os sujeitos do contrato de trabalho – necessária em favor do empregado diante da sua posição subordinada no contrato individual de trabalho, porém reconhecem que ao empregador o direito do trabalho faz concessões e atribui poderes inerentes a toda a organização para que se viabilize como tal, entre os quais o poder diretivo, sem pôr em causa o valor da proteção do trabalhador, mas permitindo, no enunciado dos princípios, o reposicionamento da atual crise do direito do trabalho na procura de respostas para os desafios que enfrenta.⁷⁶

Ao início deste capítulo, na conceituação e funções dos princípios, viu-se que os princípios se submetem a uma constante superação, pois são sínteses conceituais de nítida inserção histórica, e, portanto, são mutáveis.

O direito é fruto de tensões entre fatos, valores e normas que numa dinâmica dialética alteram-se continuamente. Considerando que tais fatos se desenvolvem no plano sociológico, e considerando as transformações tanto dos modos de produção como das estruturas de trabalho, Amauri Mascaro Nascimento sustenta que há inegável tensão no direito do trabalho. Nesse contexto, o princípio protetor – razão de ser do direito do trabalho – está diante de um fenômeno socioeconômico com reflexos jurídicos, o que se percebe diante dos três enunciados a seguir expostos.

Primeiro, de que nem todas as leis do direito do trabalho voltam-se à proteção do trabalhador, mas, diretamente, destinam-se também para o atendimento das exigências do desenvolvimento técnico da organização patronal para que ela possa alcançar seus fins. Aqui, pode-se citar o poder disciplinar e de direção do empregador, contratos por prazo, suspensão do contrato em contexto de crise econômica e o poder de despedir com ou sem justa causa mediante reparações econômicas.

Segundo, de que há um avanço da proteção do trabalhador para outras áreas das quais o direito do trabalho clássico não se ocupou ou o fez sem a mesma firmeza atual. Esse enunciado reafirma o princípio básico protetor do direito do trabalho. Pode-se citar a proibição de práticas discriminatórias e limitativas do acesso ao emprego ou da sua manutenção e extinção, apoio às pessoas com deficiência⁷⁷, indenização do ofendido em razão de assédio moral e sexual, valorização dos direitos de personalidade do empregado e a licença da gestante.

⁷⁶ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**..., Op. Cit., p. 473.

⁷⁷ Inclusive por meio de cotas, conforme estabelecido no art. 93 da Lei 8.213/91, que possui o seguinte teor: “A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas

Terceiro, que a participação do empregador é sempre crescente nas relações de trabalho e não se limita, apenas, à pessoa do empregado, expandindo-se em dimensão maior. Tal ocorre pelo empregador ter, salvo exceções, uma organização, que exige crescentes obrigações. Dentre essas, cita-se a defesa do meio ambiente do trabalho, a responsabilidade social, a obrigatoriedade de diálogo com o sindicato e às suas pautas e a concessão de planos de saúde e previdência.

Diante desses enunciados, conclui-se o que segue:

Cresce a percepção de que o direito do trabalho não é unilateralista no sentido de se voltar assumida e unicamente para o trabalhador como direito de classe, como foi em seus primórdios, porque sempre considerou, também, a salvaguarda dos interesses do empregador para assegurar o equilíbrio do sistema, aspecto que exerce uma pressão no princípio protetor certamente não desestabilizadora, mas rerregulamentadora, mais próxima da ideia do vínculo de emprego como uma relação pessoal-organizacional.⁷⁸

Portanto, importante salientar a pressão existente sobre o princípio protetor, não no sentido de desestabilizá-lo, e sim para regulamentá-lo de maneira diversa. Nesse ponto, merece destaque o princípio da compensação, antes visto, do qual se desdobram dois princípios menores, um relativo a cada parte dos polos da relação de trabalho, quais sejam, o princípio da proteção e o princípio da salvaguarda dos interesses de gestão do empregador. Defende-se, como visto, que tal reordenação consoa com a visão do direito do trabalho não unilateralista e acompanha a complexidade estrutural da relação de emprego.

Partindo dessas premissas, começa-se a vislumbrar os argumentos que dão causa à amplitude da norma mais favorável – as posições diversas sobre a sua aplicabilidade. A análise dessas posições se justifica em razão da revolução da orientação normativa do novel art. 611-A da CLT. Portanto, a preocupação deste capítulo é amparar a discussão que será travada no que segue, tendo em mente que o princípio protetor não cedeu nem deve ceder lugar, mas reconhecendo os contrastes da sua força inicial e do estágio atual, o que se constata especialmente pela flexibilização a seguir tratada.

portadoras de deficiência [...]”.

⁷⁸ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 487.

3.5 A CRISE DO DIREITO DO TRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO DE DIREITOS

O princípio protetor vem sendo revisitado diante das inovações enfrentadas pelo direito do trabalho, tais como os avanços tecnológicos, os imperativos do desenvolvimento econômico e a globalização. Com efeito, a exigência de flexibilização da ordem jurídica do trabalho ocupa lugar de destaque entre as linhas de debate acerca dos horizontes do direito do trabalho.

O movimento de flexibilização, iniciado por cerca da década de 1970 na Europa, é reconhecido na doutrina como um movimento de inflexão no curso da evolução do direito do trabalho, e que originou situação de crise que perdura até os dias atuais. Em grande parte, as razões que estão na origem dessa inflexão resultam de fenômenos estranhos e exógenos ao direito do trabalho; resultam de uma nova configuração do trabalhador subordinado, da adaptação aos novos modelos empresariais de organização do trabalho, assim como dos objetivos econômicos que apostam na competitividade da economia por meio da flexibilização das relações laborais.⁷⁹

Há quem advogue que a flexibilização não passa de um “slogan” para diminuir, em tempos de crise, os direitos que foram reconhecidos aos trabalhadores. Por outro lado, ressalta Octavio Bueno Magano, há o entendimento de que a crescente demanda de flexibilização nasce das múltiplas coisas que têm alterado as características dos mercados e os modos de produção.⁸⁰ Adota-se essa última concepção para o prosseguimento do assunto.

Antonio Monteiro Fernandes revela interessantes constatações acerca da flexibilização do direito do trabalho. O modelo dito “clássico” dos ordenamentos laborais, inspirado na necessidade de tutela da parte mais fraca nesse esquema contratual, passa por uma crise de identidade manifesta em razão dos impactos causados pelas novas realidades socioeconômicas. Essas novas realidades despertam reflexos neoliberais que pugnam pela reconfiguração dos sistemas normativos como instrumentos de facilitação da dinâmica do mercado de trabalho – e não no sentido de rarefazer (quantitativamente) a densidade da regulamentação

⁷⁹ DRAY, Guilherme Machado. **Direitos fundamentais e retrocesso social**: o sentido do direito do trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 3, p. 82-113, jul./set. 2017, p. 91.

⁸⁰ MAGANO, Octavio Bueno. **A determinação da norma mais favorável**. Revista LTr: Legislação do Trabalho: São Paulo. São Paulo, v.53, 05, p. 531-537, maio 1989, p. 534.

legal. Desse modo, não se exige menos lei, e sim lei mais ajustada ao fluir da realidade, isto é, lei promotora das forças do mercado, tendo em vista que essas forças, na prática, acabam por gerar a inoperatividade ou a disfuncionalidade de muitas normas legais que a constroem.⁸¹

Há de se sublinhar, pela importância, a posição do autor de que a flexibilização não configura corolário lógico do direito do trabalho “da crise”. Este, deve ser encarado como uma reação ao modelo “clássico” dos ordenamentos laborais acima referido, possuindo forte influência da conjuntura, e pelo qual se admite a debilitação de garantias tradicionais do trabalhador individual. Aquele, plantou-se na perspectiva de uma revisão da natureza e da própria função do direito do trabalho.

Percebe-se, portanto, o caráter mais amplo da flexibilização, que procurar alterar as estruturas do direito do trabalho, não sendo determinado tão somente pelas alterações conjunturais.⁸² Por outro lado, no direito do trabalho “da crise” ou emergencial, nota-se acentuada assistemática e inorganicidade, não traduzindo opções doutrinárias, mas principalmente se apresenta como reflexo da urgência das necessidades e dos riscos imediatos. Formam-se, assim, elementos que se justapõem ao tronco básico do sistema normativo pré-existente, pois são feitos ajustes pontuais para cada situação, e não correções estruturais.⁸³

Os fundamentos da flexibilização obedecem a uma série de motivações ideológicas; todavia, arrancam de uma premissa amplamente consensual: a necessidade de adequar o sistema às inovações no que toca aos processos de mudança tecnológica e defrontar o problema do desemprego.⁸⁴

A lista de inovações é extensa: processos de robotização e demais inventos tecnológicos; quebra de barreiras alfandegárias e mundialização da economia, que incrementou a concorrência e impôs a necessidade de os países produzirem mais a um menor custo, com o intuito de disputar o mercado globalizado; crises financeiras, como as iniciadas nos anos 1970 e a crise de 2009. Nesse contexto, busca-se um modelo de direito do trabalho com regras mais flexíveis, aberto a mudanças e adaptável à situação econômica mundial e das empresas. Diante da transformação

⁸¹ FERNANDES, Antônio Monteiro. **A "flexibilidade" em direito do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: Belém. [S.l.], n.40, jul. 1988, p. 11-12.

⁸² Ibidem, p. 13.

⁸³ FERNANDES, Antônio Monteiro. **A crise do direito do trabalho e o direito do trabalho "da crise"**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, n. 34, jan. 1985, p. 149.

⁸⁴ FERNANDES, Antônio Monteiro. **A "flexibilidade" em direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 12.

da economia mundial, do enfraquecimento da política interna de cada país e dos altos índices de desemprego e de subemprego, faz-se necessária a adoção de medidas que conciliem as necessidades empresariais, justificando a flexibilização de preceitos rígidos com o intuito de manter a saúde da empresa e a fonte de emprego.⁸⁵

No mesmo sentido, Walküre Lopes Ribeiro da Silva demonstra que a globalização configura um fenômeno complexo, que promove a queda de fronteiras e o enfraquecimento do Estado, na medida em que os agentes econômicos transnacionais se tornam capazes de tomar decisões alheias à vontade estatal. Defende que tal processo é irreversível e tem gerado a flexibilização do trabalho com vistas a ajustar as empresas à chamada competitividade internacional.⁸⁶

Vólia Bonfim Cassar define que flexibilizar pressupõe a manutenção da intervenção estatal nas relações trabalhistas que estabelece condições mínimas, mas autorizando, em certos casos, regras menos rígidas, a fim de possibilitar a manutenção da empresa e dos empregos. Assim, refere que é preciso encontrar uma solução no direito do trabalho que sirva de ponto de equilíbrio entre o princípio da proteção do trabalhador e a necessidade atual de manutenção da saúde da empresa. O princípio protetor, desse modo, incentiva a atuação do sindicato para atuarem como representante dos empregados, com o intuito de zelar pelos interesses dos trabalhadores.⁸⁷

Nesse contexto, Walküre Lopes Ribeiro da Silva aponta que a flexibilização do trabalho pode ser encarada sob dois ângulos diversos: como sinônimo de desregulação e precarização da relação de trabalho ou como processo de adaptação do sistema de relações de trabalho frente à nova realidade econômico-social. Seja qual for a posição adotada em relação à flexibilização, a favor ou contra, a autora defende que salta à vista a relevância da autonomia privada na derrogação de normas estatais. Dentre os defensores da flexibilização, estão os individualistas, que pregam pelo retorno ao contrato de trabalho, e os coletivistas⁸⁸, cujo posicionamento é de que somente poderiam ser estabelecidas condições menos favoráveis que a lei mediante negociação coletiva. Conclui, então, ser o primeiro

⁸⁵ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 32.

⁸⁶ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Autonomia privada coletiva...**, Op. Cit., p. 147.

⁸⁷ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 33.

⁸⁸ Este modelo será visualizado detalhadamente no capítulo final por meio da análise do princípio da norma mais favorável na dimensão da flexibilização.

modelo menos defensável que o segundo, pois fecha os olhos à realidade do vínculo empregatício, no qual o empregado se encontra em posição de inferioridade econômica e subordinação jurídica perante o empregador.⁸⁹

Quanto à flexibilização, Vólia Bonfim Cassar apresenta visão crítica à tese de que a negociação coletiva deve prevalecer sobre as leis, vulnerando a hierarquia das fontes formais de direito e revogando, pela vontade coletiva dos sindicatos, direitos conquistados e constitucionalmente garantidos. Portanto, aponta que essa corrente, denominada neoliberalista, fundamenta a tese no argumento de que o excesso de encargos trabalhistas dificulta a gestão empresarial e o crescimento econômico.⁹⁰

Mauro Mascaro Nascimento, não apresentando a mesma visão crítica, destaca que o neoliberalismo valoriza a negociação coletiva, substituindo a lei pelos instrumentos coletivos, a fim de que os próprios interessados encontrem, diretamente, soluções para os conflitos trabalhistas com ampla extensão do princípio da liberdade sindical e da autonomia coletiva dos particulares.⁹¹

A fim de responder o que é a flexibilização do direito do trabalho, o autor traz a seguinte definição:

É, portanto, o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho. Mas a flexibilização desordenada do direito faria dele mero apêndice da Economia e acabaria por transformar por completo a sua fisionomia originária, uma vez que deixaria de ser uma defesa do trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico, atritando-se com a sua finalidade, que é a proteção do trabalhador diante da sua inferioridade econômica no contrato de trabalho.⁹²

Ainda, o autor revela que o direito do trabalho passa por um conflito entre a concepção protecionista e a concepção reformista. Esta, defende a flexibilização das leis e, no plano teórico, os princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação à rigidez da legislação tutelar do trabalhador; aquela, acusada de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, por isso chamada de hipergarantista.⁹³ Seguindo, destaca que o direito do trabalho passou por diferentes fases, da conquista à promocional, e atualmente encontra-se em uma fase de

⁸⁹ SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Autonomia privada coletiva...**, Op. Cit., p. 147-149.

⁹⁰ BOMFIM, Vólia. **Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 36.

⁹¹ NASCIMENTO, Mauro Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 71.

⁹² NASCIMENTO, Mauro Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 72.

⁹³ NASCIMENTO, Mauro Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho...**, Op. Cit., p. 71.

adaptação à nova realidade num processo dialético de transformações que deve resultar em um modelo que o represente.⁹⁴ No que diz respeito a essa última fase, destaca a nova roupagem das convenções coletivas de trabalho, que estipulam cláusulas *in melius* e *in pejus*, na tentativa de dar atendimento às condições de cada época e de cada setor.⁹⁵

Esse conflito entre concepções é claramente observado na prevalência do negociado sobre o legislado, de modo que se revela fundamental a compreensão desse contexto. Como se vê, o embate não é novo, mas o seu estudo adquire novo patamar com o advento da Lei 13.467/2017.

3.6 A OPOSIÇÃO ENTRE FLEXIBILIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS

Para situar o problema da oposição entre flexibilização e o princípio da norma mais favorável, e, ainda, para que se faça um ponto de conexão entre o exposto nesse capítulo e o que segue, pode-se valer da ideia desenvolvida por Antero Arantes Martins, que utiliza a teoria dos sistemas, desenvolvida por Niklas Luhmann.⁹⁶

Por meio dessa teoria, entende-se que o direito não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, e sim por sua referência à sociedade, isto é, pela evolução da sociedade. Essa referência não é interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito, mas é compreendida como uma correção sujeita a modificações evolutivas.

Portanto, tal evolução é resultado da elevação da complexidade social, da complexidade do moderno processo econômico e das condições de comportamento em escala mundial.

Em síntese, a variação da referência à sociedade consubstancia-se em três momentos: a) de variação de estruturas; b) de seleção de possibilidades; e c) de

⁹⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Limites da negociação coletiva na perspectiva de projeto de flexibilização da CLT**. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo. v. 65 n.12, p.1419.

⁹⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho...**, Op. Cit., p.72.

⁹⁶ MARTINS, Antero Arantes. **A oposição entre a flexibilização e o princípio da norma mais favorável ante a crise da efetividade do direito do trabalho brasileiro**. Revista Amatra II: 2ª Região. [S.l.], V.3, n.7, p. 5-12, out. 2002, p. 6.

estabilização. Veja-se como a problemática deste trabalho se situa em cada um desses momentos.⁹⁷

No que diz respeito à variação de estruturas, incluem-se as inovações tecnológicas, a globalização e a ascensão das políticas neoliberais, como já visto anteriormente. Como consequência desse primeiro momento, abre-se espaço para a seleção de possibilidades, ou seja, surgem expectativas diante de uma conjectura nova. Essa seleção de possibilidades implica na busca dos doutrinadores e legisladores por uma forma de adaptação do direito do trabalho à nova realidade que se apresenta. Como exemplo, estão os posicionamentos doutrinários que passam a valorizar a viabilização da atividade econômica a fim de que exista oferta de emprego, ao passo que se tira o foco da proteção do empregado em face do empregador. Feita a escolha dentre essas possibilidades e elaborada a norma jurídica, entra-se no momento de estabilização.⁹⁸

A questão do negociado sobre o legislado configura exemplo desse momento, pois estabilizou-se a expectativa normativa e a possibilidade buscada pela doutrina e por legisladores. Todavia, a adoção legislativa por essa possibilidade não esgota o processo de estabilização antes citado. Esse processo depende de diversos fatores, como a constitucionalidade da norma e a interpretação harmônica com o sistema, gerando uma nova discussão acerca da aceitabilidade da norma. Como é notório, a novidade legislativa concernente à prevalência do negociado sobre o legislado ainda passa por momento de transição, e, portanto, não estabilizado. Nesse momento histórico de transição, coexistem modos diversos de tratamento acerca da questão – que serão claramente visualizados no tratamento da amplitude da norma mais favorável. Então, importa analisa-los com o intuito de alcançar a estabilização.

⁹⁷ Ibidem, p. 7.

⁹⁸ Ibidem, p. 8-9.

4 A AMPLITUDE DO PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

É nas fontes que o direito do trabalho apresenta sua maior criatividade e originalidade, como já visto no tópico relativo às singularidades das fontes. Evidencia-se a concepção do pluralismo de fontes, compreendendo regras provindas de fonte estatal e de fonte privada. Nesta última, destaca-se a autonomia coletiva dos particulares, que se exterioriza pelos instrumentos de negociação coletiva, cuja força vinculante é reconhecida pelo ordenamento estatal. Tratam-se, pois, de autênticas fontes do direito. Em tal cenário, importa hierarquizar as regras provindas de diferentes fontes, com o intuito de pô-las em ordem.

Existindo duas ou mais regras aplicáveis em concreto, se estabelecia o campo de aplicação do princípio da norma mais favorável, cuja necessidade decorre da multiplicidade de fontes e cuja função é de operacionalizar uma solução diante do conflito de regras. Todavia, o caminho trilhado pela Lei nº 13.467/2017, especialmente em seu art. 611-A, modifica fortemente a operação então concebida para solucionar o conflito entre as regras de fonte autônoma e heterônoma.

A problematização aqui tratada consiste em verificar se a norma que resulta da negociação coletiva e apresenta uma garantia menor do que aquela provinda da fonte estatal pode ser aplicada – analisando-se tal problema sob o prisma da amplitude do princípio da norma mais favorável.

No presente capítulo, procura-se situar as visões sobre esse princípio tanto na dimensão da flexibilização da legislação trabalhista quanto na dimensão da proteção estatal. Tais dimensões puderam ser visualizadas no capítulo anterior, em que se percorreu o caminho dos fundamentos até a relatividade da proteção.

Com efeito, não se procura, precipuamente, valorar a flexibilização e a negociação *in pejus* em face do princípio da norma mais favorável, e sim teorizar sobre essas alterações, que foram absorvidas pelo direito e apresentam-se como fatos que não podem ser ignorados. Por se tratar de um modelo novo no ordenamento brasileiro, busca-se fazer um paralelo com a experiência de outros ordenamentos, assim como utiliza-se contribuições doutrinárias dessa provinda. Também serão analisados problemas periféricos que se encontram no seio da dimensão da flexibilização, cujo reconhecimento se retira dos próprios posicionamentos inseridos nessa corrente.

4.1 O PRINCÍPIO NA DIMENSÃO DA PROTEÇÃO ESTATAL DO TRABALHADOR

A dimensão da proteção estatal do trabalhador identifica-se com os fundamentos do princípio protetor e com a clássica organização principiológica do direito do trabalho. Nesse contexto, atribui-se grande importância à prevalência da fonte mais favorável ao trabalhador, como se vê por meio do posicionamento de Mozart Victor Russomano, que o classifica como o “princípio solar” do direito do trabalho:

[...] parece-nos nascer da alma do Direito do Trabalho um princípio transcendental que rege a pesquisa da fonte aplicável ou a opção pela fonte que vai ser aplicada: é a prevalência da fonte mais favorável ao trabalhador. Esse nos parece ser o princípio solar do Direito do Trabalho contemporâneo, capaz de pôr em movimento a imensa estrutura social – a nossa – que se arrasta, através dos séculos, penosamente, tendo por norte, até agora inatingido, um mundo organizado segundo os princípios de Justiça [...] que se apresenta, ante nossa época, com as roupagens que a definem como Justiça renovadora de valores e niveladora dos homens e das classes.⁹⁹

Na doutrina contemporânea, também se atribui importância à prevalência da fonte mais favorável, que pressupõe a existência de um conflito entre normas aplicáveis, determinando a escolha pela fonte mais benéfica, acima do mínimo legal.¹⁰⁰

Advoga-se, por essa corrente, que a flexibilização nada mais é do que um meio utilizado para a desordenada tentativa de desfigurar a finalidade criadora do direito do trabalho, fazendo o uso dessa para a defesa do progresso econômico em detrimento da proteção do trabalhador presente nos fundamentos do sistema laboral. Defende-se que a corrente da flexibilização ignora o fato de que o direito do trabalho representa a expressão do humanismo jurídico e arma de renovação social, pela sua total identificação com as necessidades e aspirações concretas do grupo social dos trabalhadores diante da precarização decorrente da relação assimétrica laboral.¹⁰¹

Antes mesmo do advento da Lei 13.467/17, reconhecia-se que o princípio da norma mais favorável é aquele cuja força mais vem sendo relativizada, porque se

⁹⁹ RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 1997, p. 46.

¹⁰⁰ Por todos: DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**..., Op. Cit., p. 191.

¹⁰¹ PEREIRA NETO, Antonio Raimundo. **O lamentável estágio atual do princípio da norma mais favorável**. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v. 38, n. 146, p. 39-46, jun. 2012, p. 40-41.

começou a admitir a fixação de normas laborais desfavoráveis mediante fontes autônomas coletivas, ocorrendo uma gradual substituição da ideia da norma mais favorável ao trabalhador por aquela denominada de “ordem pública social”. No tocante à inaplicabilidade da norma mais favorável diante da prevalência da norma *in pejus*, em relação aos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º da Constituição Federal, afirma-se que tais disposições mitigaram profundamente o princípio objeto de estudo; todavia, tal não implica na perda ou perecimento de sua efetividade. Nesse cenário, sustentava-se que o princípio da norma mais favorável, apesar das mitigações constitucionais, permanecia forte e válido, tendo em vista que foi derogado em poucas matérias.¹⁰²

No mesmo sentido, Arnaldo Süssekind aponta que vem desenvolvendo-se a tese da flexibilização que a Constituição Federal adotou nos citados incisos, ainda que timidamente, capaz de proporcionar a adaptação das condições de trabalho, mediante tutela sindical, às situações conjunturais ou exigências de nova tecnologia, assim como a peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais.¹⁰³

Dessa forma, percebe-se o princípio da norma mais favorável não passou ileso pela flexibilização do direito do trabalho, como se verá pelos argumentos que seguem.

4.2 O PRINCÍPIO NA DIMENSÃO DA FLEXIBILIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

O cenário de flexibilização antes referido levou parte da doutrina a questionar o princípio da norma mais favorável e a sua aplicação no campo das fontes de direito do trabalho. Defende-se, nessa dimensão, que não mais se justifica a centralização normativa estatal. Assim, passa-se às críticas ao princípio da norma mais favorável, que são mais acentuadas na doutrina portuguesa (por vezes, bastante severas, pois postulam até mesmo a sua decadência), e notadas dentre a doutrina brasileira.

Como visto quando do estudo das construções dos princípios do direito do trabalho, a doutrina portuguesa apresenta críticas à norma mais favorável. Bernardo da Gama Lobo Xavier define o *favor laboratoris* como um critério desintegrador e

¹⁰² Ibidem, p. 42.

¹⁰³ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 153-154.

acanhado, que dificilmente se demonstra apto a ponderar os valores da funcionalidade de gestão e solidez das empresas, da produção, da distribuição de rendimentos e da paz social. Argumenta, nesse sentido, que a tendência internacional vai de encontro ao sistema articulado que funcionava como regalias em cascata, em que fixavam mínimos que só poderiam ser aumentados pelas fontes inferiores. Daí decorre a ideia de que o direito do trabalho tende a determinar-se pelo interesse público (notadamente o da política de emprego), e não como uma mera fórmula de composição de interesses individuais das partes contraentes (empregados e empregadores), pelo que não perdurará o *favor laboratoris* como critério apto a solver a problemática do conflito de normas.¹⁰⁴

Com a mesma linha crítica, Pedro Romano Martinez afirma que o princípio do tratamento mais favorável deve, nos dias atuais, ser entendido apenas sob uma perspectiva histórica, sem aplicação prática. Para tanto, sustenta que sua aplicação justificava-se em um período que o direito do trabalho não havia se autonomizado do direito civil, e, portanto, recorria aos preceitos desse (os quais se assentam no pressuposto de igualdade entre as partes), de modo que se via sentido na opção por um estatuto privilegiado. Com a autonomização, criou-se um coerente sistema de normas legais voltadas para a proteção do trabalhador, pelo que se revela um contrassenso a retomada daquele tratamento mais favorável que se justificou outrora.¹⁰⁵

De outra banda, Maria do Rosário Palma Ramalho sublinha a importância do princípio no que diz respeito ao conjunto de operações¹⁰⁶ relativas à aplicação das fontes laborais. Todavia, chama atenção para alguns efeitos perversos que pode causar em determinadas situações e destaca a sua crescente inadequação em alguns aspectos, tendo em vista a maturidade atingida pelo direito do trabalho.

¹⁰⁴ XAVIER, Bernardo da Gama Lobo apud NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**..., Op. Cit., p. 471.

¹⁰⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 238-239.

¹⁰⁶ O recurso do *favor laboratoris* pressupõe duas operações técnicas prévias: a determinação do sentido das normas laborais, necessária para avaliar se e até que ponto podem ser afastadas por fonte de valor inferior, dando-se origem à classificação entre normas laborais supletivas (que admitem o afastamento em qualquer sentido), normas laborais imperativas (não admitem o afastamento em nenhum sentido) e normas laborais imperativas mínimas (admitem o afastamento apenas no sentido que mais favoreça o trabalhador); e outra de comparação entre fontes, que tem como objetivo determinar a mais favorável para efeito de resolução do conflito entre as fontes (compreendida pela teoria da acumulação e do conglobamento). Interessa, para os fins do trabalho, a primeira operação, tendo em vista que é a partir dela que se fixa o âmbito de incidência do *favor laboratoris*, que só atua relativamente à categoria das normas imperativas mínimas. RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho – Parte I – Dogmática Geral**..., Op. Cit., p. 277-280.

Primeiramente, aponta a evolução do quadro sociológico e jurídico (marcado pela irreduzibilidade) que justificou no passado a consagração do princípio: do ponto sociológico, melhoraram globalmente as condições econômicas dos trabalhadores e esta categoria perdeu sua homogeneidade; do ponto jurídico, são mais elevados os patamares de tutela dos trabalhadores. Essa evolução, por si só, justificaria a recolocação do *favor laboratoris* em moldes de menor rigidez e irreduzibilidade. Além disso, argumenta que não parece justificar-se a aplicação desse princípio com o mesmo grau de irreduzibilidade ao nível do contrato de trabalho e da negociação coletiva, dada a maturidade das associações representativas dos trabalhadores que atuam neste último nível e, ainda, dadas as vantagens de conferir maior elasticidade às negociações coletivas – o que passa, naturalmente, pela eliminação das restrições impostas pelo princípio do tratamento mais favorável. Em último lugar, cuida-se dos possíveis efeitos do excesso da proteção que decorrem da irreduzibilidade da tutela (que, em grande parte, é suportada pelo princípio do tratamento mais favorável), implicando na segmentação do mercado de trabalho entre os trabalhadores comuns, beneficiados por tal tutela, e os restantes trabalhadores. Em outras palavras, a salvaguarda dos níveis de tutela de uns trabalhadores atua contra o aumento da tutela de outros, e este é um fato relevante que merece ponderação.¹⁰⁷

Assim, cria-se, na atualidade, um paradoxo decorrente do princípio da proteção e das suas metas de progressividade irreduzível e de universalização. Tais metas têm inegável motivação de justiça social no contexto das primeiras normas laborais, que buscaram proteger o trabalhador diante de um enquadramento negocial formalmente igualitário e associado ao caráter não intervencionista do Estado liberal. Todavia, deve-se constatar que a evolução dessas metas foi propiciada pela relativa homogeneidade do grupo social objeto da proteção (cujos membros unem-se pela circunstância de ter como único bem a sua força de trabalho e dependerem do salário para subsistir). A homogeneidade justifica a meta da universalização, ao passo que a gravidade da situação justificou a meta de progressividade irreduzível.¹⁰⁸

¹⁰⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho – Parte I – Dogmática Geral...**, Op. Cit., p. 284-285,

¹⁰⁸ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Da autonomia dogmática do direito do trabalho**. Coimbra: Almedina, 2001. xviii, p. 17.

Inegável que, ao sistema laboral, cabe o mérito de ter conseguido atenuar significativamente a debilidade econômica dos trabalhadores subordinados. A melhoria genérica da situação dos trabalhadores subordinados configura argumento que justifica a exigência da sistemática necessariamente mais favorável de todas as fontes laborais, assim como a exigência da proibição do retrocesso nos direitos adquiridos pelos trabalhadores. Por outro lado, essa meta da progressividade irreduzível acabou por se revelar contraproducente em relação à meta de universalização do estatuto protetivo, pois incapaz de assegurar um elevado nível de proteção a todas as categorias de trabalhadores, forçando o sistema a admitir situações laborais não protegidas. Desse modo, em vez de atuarem paralelamente as metas de universalização e de progressividade, atuaram uma contra a outra. Com a admissibilidade das situações de trabalho subordinado não protegido, deu-se origem a uma fratura interna no sistema laboral que implicou na circunscrição do regime laboral de tutela a um universo cada vez menor de trabalhadores, os quais, em abstrato, menos careceriam de proteção, pois já abrangidos pela proteção e pela regra da irreduzibilidade. A criação desse fosso entre os trabalhadores integrados e não integrados tende a se acentuar em épocas de instabilidade econômica, situação que, em última instância, poderá reconduzir o sistema laboral a um conjunto de normas de privilégio, “que, ao lado da clássica oposição entre trabalhadores e empregadores, põe também em oposição trabalhadores subordinados cada vez mais protegidos e trabalhadores subordinados cada vez menos protegidos”.¹⁰⁹

Portanto, a partir dessas lições, pode-se concluir que carece de sentido a manutenção de uma sistemática rígida e sistematicamente mais favorável, considerando a existência de um universo de trabalhadores em situação de trabalho subordinado não protegido. As metas de universalização da proteção e irreduzibilidade acabam, pois, a atuar uma contra a outra, especialmente em tempos de crise econômica. Nesse contexto, abre-se espaço à negociação coletiva, meio pelo qual se possibilita aos interlocutores sociais conciliarem seus interesses conforme as mais variadas situações que serão confrontadas.

Retomando as constatações de Antonio Monteiro Fernandes expostas no capítulo anterior, agora relativas ao assunto presente, cabe destacar o traço característico de um dos modelos de flexibilização¹¹⁰: a mudança da natureza das

¹⁰⁹ Ibidem, p. 18.

¹¹⁰ Adverte-se que o modelo exposto se diferencia da flexibilização na sua versão radical, em que

garantias individuais dos trabalhadores, que consiste na desvalorização da clássica tutela por meio da lei inderrogável em favor da regulação por meio da contratação coletiva. Por meio de tal mudança, se alcançaria uma “flexibilidade diversificada”, no sentido de ofertar modalidades variadas de tratamentos jurídicos para as diferentes situações técnico-produtivas com que as empresas e setores possam se confrontar. Assim, esse modelo se assenta na desvalorização da lei, na aceitação da derogabilidade *in pejus*, e no alargamento da disponibilidade coletiva da tutela legal individual. Todavia, transportando-se para a realidade brasileira, o próprio autor destaca que esse modelo assume uma dimensão particularmente crítica no espaço ibero-americano, caracterizado pela coexistência de estruturas econômicas pré-industriais, zonas de capitalismo primitivo e áreas de alta sofisticação tecnológica. Nesse espaço, percebe-se um impulso de modernização empresarial que fornece ingredientes para o florescimento da exigência de flexibilização. Todavia, o modelo de flexibilização acima referido, que reproduz a “contratualização” do direito do trabalho, esbarra na organização sindical, que possui tradições contratuais pouco sedimentadas e de um modo geral conservadoras e com cultura jurídica essencialmente fundada no primado da lei.¹¹¹ Eis, portanto, um dos óbices à plena efetividade do modelo na realidade brasileira.

Apesar disso, o papel da negociação coletiva avança em tempos de confronto de crise econômica e social com o direito do trabalho. Ademais, o avanço da contratualidade é notório, até mesmo nos países em que a debilidade da estrutura sindical torna menos viável a obtenção de consensos suficientemente amplos. Desse modo, a negociação coletiva configura “chave mestra” do jogo de compatibilidades que constitui o grande desafio do direito do trabalho moderno: a da estabilidade com a flexibilidade, a da proteção individual com o controle coletivo, a da defesa dos empregados com a criação de empregos, a da intervenção estatal com o consenso social. No entanto, o amplo desenvolvimento da contratualidade depende de condições que escapam ao poder da legislação estatal, que, por si só, é insuficiente para promovê-lo. Dentre as condições, cita-se a existência de

imperam a facilitação e a desoneração do fator trabalho na empresa. Assim, vê-se a precariedade do emprego como preço módico do alargamento das oportunidades de trabalho; a libertação das regras moduladoras da prestação de trabalho como contrapartida da sobrevivência perante a introdução das novas tecnologias; a contenção do custo do trabalho como fator de desenvolvimento econômico e social.

FERNANDES, Antônio Monteiro. **A "flexibilidade" em direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 13.

¹¹¹ Ibidem, p. 15.

organizações estruturadas e representativas, de condições políticas favoráveis ao pleno desenvolvimento da liberdade sindical e da constatação de um estado positivo do mercado de trabalho.¹¹²

Na doutrina brasileira, sustenta Octavio Bueno Magano, desde tempos passados, que o princípio da norma mais favorável já não pode ser considerado como princípio informador do direito do trabalho. Assim, deve ceder espaço à noção de interesse preponderante do trabalhador, reconhecido pelo grupo profissional a que pertence, e no sentido de que as condições de trabalho possam ser modificadas tanto *in melius* quanto *in pejus*, conforme as circunstâncias.¹¹³

Para tanto, fundamenta-se no sentido de que o princípio da norma mais favorável casava harmoniosamente com a visão weberiana do mundo do trabalho, concebida na ideia de sociedade-máquina, pela qual cada trabalhador funciona como engrenagem dessa. Dessa visão, infere-se o trabalhador despersonalizado, sem poder e sem vontade, que é preciso proteger de maneira sistemática e uniforme, por meio de legislação ríspida e impostergável. Nesse contexto, a lei protecionista não pode deixar de ser aplicada, constituindo o mínimo de proteção sobre o qual se adicionam direitos pelas fontes autônomas, desde que mais favoráveis ao trabalhador. Ocorre que esse modelo, de sociedade industrial, cede lugar ao modelo da sociedade tecnológica; tende-se a diminuir a procura de pessoal não qualificado para executar tarefas standardizadas e aumenta a procura por trabalhadores com conhecimento técnico e apto a evoluir no mesmo ritmo das inovações. Todavia, deve-se alertar que a alteração entre os modelos não significa que os trabalhadores, em sua maioria, pertencerão ao último grupo. Ao lado de um grupo de elite, com salários elevados e emprego garantido, flutua a mão de obra periférica, que se divide em dois extratos: um de trabalhadores burocráticos ou que exercem funções rotineiras, facilmente substituíveis, e outro composto por um contingente de reserva que é convocado em regime de emprego precário (trabalho temporário).

Dessas constatações, conclui-se pela existência de um mundo de trabalho marcado pela heterogeneidade, pois largamente segmentado, e em relação ao qual

¹¹² FERNANDES, Antonio Monteiro. **A crise do direito do trabalho e o direito do trabalho "da crise"**..., Op. Cit., p. 149-150.

¹¹³ MAGANO, Octavio Bueno. **A determinação da norma mais favorável**..., Op. Cit., p. 537.

não mais se ajusta a legislação trabalhista clássica, de caráter rígido e protecionista.¹¹⁴

Nas palavras de Antonio Monteiro Fernandes, a ineficácia das normas de direito do trabalho existe quando se constata um grau significativo de inaplicação, ou, em outros termos, quando não há coesão na correspondência entre os padrões normativos e as modalidades que se exprimem pela prática social.¹¹⁵

Tal crise de efetividade configura outro fundamento adotado para a seleção da norma negociada, deixando-se de aplicar o princípio da norma mais favorável. Em função disso, defende-se que a norma só é efetiva se há relação de equilíbrio entre o produtor da norma e o endereçado da norma, e, por não se perceber esse equilíbrio no direito do trabalho, cresce um distúrbio sistêmico que afeta seus próprios institutos. Uma das razões pelas quais não existe o equilíbrio é a distância entre o produtor (Estado) e o endereçado, abrindo-se caminho para a negociação coletiva, que se posta como alternativa para a solução dessa crise de efetividade. O motivo pelo qual se enxerga na negociação coletiva uma alternativa é a maior aproximação “teórica” existente entre o editor da norma e o destinatário, tendo em vista que o primeiro (sindicato) conhece melhor a realidade do segundo (classe trabalhadora). Na teoria, a norma emanada pelo editor legítimo tem maior possibilidade de ser efetiva.

Todavia, essa teoria encontra, novamente, o óbice da organização sindical, pelo qual se percebe que a proximidade entre os sujeitos ainda é apenas teórica, de modo que se condiciona à reformulação do modelo sindical brasileiro. Desse modo, a viabilidade da flexibilização como solução à crise do modelo de proteção e de efetividade passa, necessariamente, pela alteração – simultânea – das características do modelo sindical com a autorização para a negociação coletiva *in pejus*, de sorte que o advento desta última sem o provimento da primeira acarretará sérios danos ao sistema e não se justificará enquanto medida de solução.¹¹⁶

Antero Arantes Martins apresenta duas correntes de interpretação da flexibilização, no intuito de explicar a inaplicabilidade da norma mais favorável diante

¹¹⁴ Ibidem, p. 533.

¹¹⁵ FERNANDES, Antonio Monteiro. **A crise do direito do trabalho e o direito do trabalho "da crise"...**, Op. Cit., p. 149.

¹¹⁶ MARTINS, Antero Arantes. **A oposição entre a flexibilização e o princípio da norma mais favorável ante a crise da efetividade do direito do trabalho brasileiro...**, Op. Cit., p. 10.

da prevalência da norma *in pejus*. Dessa forma, os incisos VI, XIII e XIV do art. 7º¹¹⁷ da Constituição Federal podem ser vistos a partir da interpretação restritiva e da interpretação ampliativa. Pela primeira, entende-se que a constituição Federal autoriza a adoção da cláusula *in pejus* mediante determinadas condições, decorrendo a inaplicabilidade da norma mais favorável da construção nomodinâmica de Kelsen, pois a cláusula negociada retira sua validade da norma superior, a qual, por sua vez, torna ineficaz a norma mais favorável diante de determinadas situações. Pela segunda, não se deve buscar na construção de Kelsen o fundamento que possibilita a flexibilização de direito não prevista em norma superior. Assim, sendo a opção pela interpretação ampliativa dos preceitos constantes na Constituição como autorizadores da flexibilização, o princípio da norma mais favorável perde sua força diante da ótica do interesse público, que é a manutenção e a viabilidade da empresa, a qual é, em última análise, a “fonte” de emprego. Outros argumentos nessa esteira também possuem a visão de que o atual sistema econômico atual é incompatível com a concepção tradicional de proteção.¹¹⁸

Portanto, a inserção dessas exceções, nos incisos que tratam da irredutibilidade salarial, da duração do trabalho e do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento, fizeram com que parte da doutrina entendesse que, em determinadas circunstâncias, as convenções e acordos coletivos podem estipular normas desfavoráveis ao trabalhador, podendo, inclusive, prevalecer sobre a lei. Comparando-se essa visão acerca do princípio em relação às citadas disposições constitucionais com a visão exposta no item anterior, da proteção estatal, percebe-se que os permissivos constitucionais de negociação *in pejus* abriram espaço para a discussão da força do princípio – tanto no sentido de reforçá-lo, quanto para desconsiderá-lo enquanto princípio informador.

Importante destacar que os fundamentos da flexibilização aqui expostos são principalmente econômicos, uma vez que se amparam no desemprego estrutural, crise econômica e necessidade de maior produtividade. Contudo, como sabido, o

¹¹⁷ Art. 7º 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;

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;

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 9-10.

direito do trabalho apresenta-se como uma sensível área, pois nela confluem o social e o econômico.

Para enfrentar esse debate, Nelson Mannrich sustenta que é necessário superar a visão maniqueísta, que somente vê, de um lado, o afastamento do Estado mediante a “desregulamentação”, ou, de outro lado, o intervencionismo estatal, “garantidor” do protecionismo, tendo em vista que tais concepções somente acentuam as distâncias entre o econômico e o social. Assim, não se pode negar que o direito do trabalho foi concebido como instrumento do Estado para proteger o empregado em face de sua fragilidade econômica e social. Por seu turno, a negociação coletiva originou-se como mecanismo para complementar a lei, somente admitindo condições mais favoráveis. Essa técnica de complementaridade, que funcionou por muitas décadas, vem sendo confrontada por novos processos produtivos e pelos efeitos da globalização, que afetam o direito do trabalho como um todo e, em especial, a negociação coletiva. Diante disso, na negociação coletiva, reserva-se espaço cada vez maior para os grupos, que se valem do instrumento para remediar crises – admitindo-se condições *in pejus*. Percebe-se, aqui, a singularidade das fontes do direito do trabalho, que encontra na convenção coletiva o seu paradigma, pois trata-se de um contrato no que diz respeito à sua elaboração e conclusão, mas, em relação aos efeitos, tem natureza normativa.¹¹⁹

Todavia, alerta o autor que a transformação das convenções e acordos coletivos, da função acessória para mecanismo central das condições de trabalho, depende de muitos fatores. Dentre esses, mudanças culturais que indiquem a efetiva prática da negociação, passando pela reestruturação do modelo sindical e de representação dos trabalhadores na empresa, e, também, pela fixação de limites.

Não se trata, pois, de retirar o Estado das relações entre empregado e empregador a fim de criar um vazio normativo, mas se outorga maior espaço para a autonomia coletiva regular as condições por meio da negociação – respeitados os limites impostos pelo Estado. Para definir tais limites, necessário realizar uma discussão em torno das normas de ordem pública e das fontes do direito, isto é, estabelecer qual a relação entre as normas heterônomas (indisponíveis, destinadas a preservar valores e o próprio Estado) e as autônomas (negociadas, passíveis de

¹¹⁹ MANNRICH, Nelson. **Modelo de relações trabalhistas: reflexão sobre propostas de reforma – o negociado e o legislado**. Revista de Direito do Trabalho Sao Paulo v.27 n.101 p.71-83 jan./mar. 2001, p. 1383.

derrogação e transação). Daí decorre a necessidade de se estabelecer a – exata – delimitação entre a ordem pública absoluta, não sujeita à renúncia, e a ordem pública relativa, esta sim passível de renúncia mediante negociação coletiva (isto é, delimitar quais normas não podem ser afastadas, quais podem ser afastadas somente no sentido mais favorável ao trabalhador, e quais podem ser afastadas em qualquer sentido). Portanto, a indisponibilidade apresenta-se como uma limitação à autonomia, tendo em vista a natureza do direito tutelado (como a saúde e segurança no trabalho, o repouso semanal e as férias), preservando-se o “espaço vital”, que compreende todos os valores da sociedade a serem preservados.¹²⁰

A partir dessas constatações, pode-se concluir que a revisitação do princípio da norma mais favorável deve passar pela fixação de limites ao poder normativo dos grupos, retirando do âmbito da autonomia coletiva os direitos considerados indisponíveis.

Ao final, pode-se constatar que, do seio dos argumentos pertencentes à dimensão da flexibilização, surgem problemas que precisam ser contornados para que o novo modelo defendido possua efetividade.

4.3 A ORGANIZAÇÃO SINDICAL ENQUANTO OBSTÁCULO À PLENA VALORIZAÇÃO DA AUTONOMIA COLETIVA

Ponto comum em muitos dos argumentos que se situam na dimensão da dimensão da flexibilização, a necessidade de uma reformulação na organização sindical brasileira apresenta-se como um obstáculo à efetivação da negociação coletiva nos moldes esperados. Desde há muito, a doutrina clássica refere que “nos países de economia de mercado, o intervencionismo estatal nas relações de trabalho reduz-se na razão inversa do fortalecimento da organização sindical”.¹²¹

Cabe reiterar que Maria do Rosário Palma Ramalho, para defender a menor rigidez e irredutibilidade do tratamento mais favorável, fundamenta-se na maturidade atingida pelas associações representativas dos trabalhadores que atuam em nível coletivo em Portugal. António Monteiro Fernandes, por outro lado, referindo-se especificamente à organização sindical no espaço ibero-americano, destaca as tradições contratuais pouco sedimentadas e de um modo geral conservadoras, com

¹²⁰ Ibidem, p. 1386-1390.

¹²¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. **Instituições de direito do trabalho...**, Op. Cit., p. 153.

cultura jurídica essencialmente fundada no primado da lei.¹²² Inegáveis, portanto, as disparidades entre aquela e esta realidade, sobre a qual serão pontuadas, a seguir, as principais características.

Dentre a doutrina brasileira, não é diferente a posição no que toca à necessidade de revisão do modelo sindical.¹²³

Nelson Mannrich defende a reforma do modelo sindical, que passa pela outorga de protagonismo aos sujeitos coletivos, com o abandono da tradição corporativista, responsável pela delegação ao Estado pelas questões trabalhistas. Como decorrência do corporativismo, cita os seguintes problemas: tradição da outorga da legislação trabalhista, a preponderância do direito individual sobre o coletivo, a falta de incentivo à negociação coletiva, a supremacia da solução estatal dos conflitos e a unicidade sindical, que entra em choque com a efetiva liberdade e autonomia sindical. Portanto, embora o autor advogue pela rediscussão do princípio da norma mais favorável e pelo esgotamento do modelo de relações trabalhistas estruturado nos anos 1930-1940, reconhece que a cultura corporativista continua viva e isso inviabiliza a ampla valorização da negociação coletiva.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento afirma que a Constituição Federal manteve defeitos advindos do corporativismo, pelo que não se pode situá-la no plano da liberdade sindical. Isso pode ser atestado pela vedação de mais de um sindicato, da mesma categoria, na mesma base territorial, conforme o art. 8º, inc.

¹²² Conforme Antoine Jeammaud, a negociação coletiva apresenta realidade distinta na América Latina. Assim, quanto à relação entre normativa jurídica e realidade social, aponta que a relação pode ser considerada desde um ponto de vista da adequação de um determinado conjunto de normas de direito ao setor da realidade que pretendem ordenar ou transformar. Esse ponto de vista torna-se especialmente importante em uma conjuntura de câmbio normativo (tal qual ocorre sobre a negociação coletiva atualmente no caso brasileiro). Nesse sentido, refere que, nas sociedades latino-americanas, há um verdadeiro abismo entre a legislação e a negociação coletiva, tendo em vista que não se adota uma posição de pura admissão do pluralismo jurídico nas relações laborais. Em outras palavras, não se acolhe nem se reconhece incondicionalmente as normas jurídicas pactuadas no exercício da autonomia coletiva; pelo contrário, regulamenta-se detalhadamente os instrumentos da negociação coletiva, impondo-os requisitos de validade, limitando seus objetos com respeito à legislação estatal em primeiro lugar. Lembra, por fim, que existem justificações para esse enquadramento da liberdade contratual coletiva, que não está desprovida de perigos para os trabalhadores.

JEAMMAUD, Antoine. "Legislación y realidade de la negociación: apuntes para el análisis de sus relaciones". In Antonio Ojeda Avilés e Oscar Ermida Uriarte. **La negociación colectiva en América Latina**. Madri: Trotta, 1993, p. 15-17.

¹²³ Defende-se, nesse sentido, que antes de se propor a prevalência do negociado sobre o legislado, exige-se o fortalecimento da organização dos sindicatos, instituindo de forma plena e efetiva a liberdade sindical, prevista na Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, como requisito para a própria legitimidade democrática do que vier a ser pactuado. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista e crise econômica: negociado versus legislado**. Desafios da reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 42.

II.¹²⁴ Portanto, o espaço de liberdade que é pressuposto da autonomia coletiva não foi permitido totalmente pelas disposições constitucionais.¹²⁵

Todavia, reconhece-se que a Constituição Federal trouxe avanços, percebidos em seu art. 8º, incisos I e VIII.¹²⁶ Nesses dispositivos, percebe-se o impedimento da possibilidade de ingerência direta do Ministério do Trabalho e Emprego sobre a gestão e os atos internos do sindicato, como eleições e assembleias, antes sujeitas a impugnações julgadas pelo Ministro do Trabalho, agora passíveis apenas de decisão judicial. Além disso, é facilitada a criação de sindicatos, facilitando a auto-organização sindical. Por fim, cabe destacar que se assegura a estabilidade do dirigente sindical.

No que toca à liberdade sindical, os sistemas legais encontram-se em alguns países em fase de transição e não têm o mesmo grau de desenvoltura do que o de outros países. Veja-se a correspondência do sistema brasileiro com os principais elementos da liberdade sindical.¹²⁷

O sistema brasileiro não pode ser enquadrado entre os de plena liberdade sindical porque a lei não atende ao seu primeiro elemento, qual seja, a liberdade de organização, pois vedada a criação de um sindicato na mesma base territorial e categoria. Portanto, a autonomia das entidades sindicais é comprometida com essa proibição. Como decorrência, o trabalhador não tem, diante da unicidade sindical imposta pela lei, a liberdade de escolha de sindicatos – terá apenas o direito de ingressar ou de se dissociar do único possível para ela, o da categoria

O elemento da organização é atendido pelo sistema brasileiro, porque se proíbe a intervenção e interferência do Estado na organização sindical. Por meio dessa proibição, também decorre a garantia contra a extinção ou a suspensão das entidades sindicais pelo Estado por via administrativa, impedindo o controle arbitrário da autoridade pública na vida sindical. Assim, faculta-se aos sindicatos o direito de redigir seus próprios estatutos e regulamentos administrativos, de eleger

¹²⁴ II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial (...)

¹²⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical...**, Op. Cit., 157.

¹²⁶ CF, Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

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

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

¹²⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical...**, Op. Cit., p. 162.

os seus respectivos representantes, de liberdade de gestão e de definição do programa de ação.

Nesse panorama, conclui-se o seguinte acerca do sistema brasileiro:

[...] não nos enquadra nos parâmetros de liberdade sindical, mas também com os avanços da Constituição de 1988 não deve ser visto como um sistema corporativista que não refletiria a situação atual das entidades sindicais. Os sindicatos têm plena liberdade perante o Estado. O sistema brasileiro é neocorporativista na medida em que mescla elementos que identificam um sindicalismo de liberdade sindical com mecanismos residuais do corporativismo e com os sindicatos como pessoas jurídicas de direito privado atuando em um modelo de unicidade sindical.¹²⁸

O Recurso Extraordinário 590.415¹²⁹, conhecido como “Caso BESC”, julgado no ano de 2015, pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, apresenta interessantes pontos relacionados a esse tópico. Especialmente, pode-se fazer um recorte na fundamentação desse julgado no que diz respeito à questão sindical.

Decidiu-se que, nos casos de Planos de Dispensa Incentivada, é válida cláusula que dá quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas decorrentes do contrato de trabalho, desde que este item seja negociado coletivamente.

Para o enfrentamento da matéria, discutiu-se o alcance da autonomia coletiva por meio de duas ordens: a) condição de inferioridade em que se encontram os trabalhadores perante o empregador; e b) o modelo de normatização justrabalista adotado pelo ordenamento brasileiro.

Quanto ao primeiro, sustenta-se que a situação de inferioridade do empregado compromete o livre exercício da autonomia individual da vontade e que, nesse sentido, as regras de origem heterônoma desempenham um papel primordial. Por isso, vale-se da proteção e da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, lógica que está presente em diversos dispositivos que garantem direitos nas relações trabalhistas individuais, como o art. 477, § 2º, da CLT¹³⁰. Todavia,

¹²⁸ Ibidem, p. 163.

¹²⁹ Inteiro teor do acórdão disponível em:

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2629027>. Acesso em 6 de junho de 2018.

¹³⁰ Art. 477. Na extinção do contrato de trabalho, o empregador deverá proceder à anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social, comunicar a dispensa aos órgãos competentes e realizar o pagamento das verbas rescisórias no prazo e na forma estabelecidos neste artigo.
(...)

§ 2º - O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

defende-se que tal assimetria entre empregador e empregado não se coloca (ao menos com a mesma força) nas relações coletivas.

Quanto ao segundo, faz-se uma diferenciação entre os modelos de normatização marcados pelo predomínio de normas de origem autônoma (em que os conflitos entre capital e trabalho são resolvidos, em regra, no âmbito da sociedade civil por meio da negociação coletiva entre sindicatos – podendo haver legislação estatal protegendo os direitos mais essenciais e definindo procedimentos no âmbito das negociações) e os modelos com o predomínio da norma heterônoma ou estatal. Quanto a estes últimos, ressalta-se a existência de um modelo que pode seguir um padrão corporativo, que rejeita a produção autônoma e regula os conflitos trabalhistas por meio de uma legislação minuciosa, que procura antecipar o debate entre trabalhadores e empregados. Vê-se a Constituição Federal como a “transição do modelo corporativo-autoritário, essencialmente heterônomo, para um modelo justrabalhista mais democrático e autônomo”, citando as exceções inscritas nos incisos VI, XIII e XIV do art. 7º.

Todavia, seguindo a linha do exposto anteriormente acerca da liberdade sindical, esclarece-se que embora tenha se iniciado essa transição, a Constituição Federal manteve relevantes institutos do sistema corporativista, que comprometem o seu alcance. O não reconhecimento da plena liberdade sindical “impacta negativamente a representatividade do sindicato, podendo comprometer a ideia de equivalência entre os entes coletivos e justificar a incidência do princípio da proteção sobre o direito coletivo do trabalho nos mesmos termos das relações individuais trabalhistas”.

Diante disso, analisou-se (e se confirmou), no caso concreto, a efetiva representatividade do sindicato para conferir autonomia para a inserção da cláusula discutida. Todavia, a fundamentação deixa claro que essa conclusão não pode ser estendida, muito menos presumida, quanto aos demais entes coletivos, pois ausente a plena liberdade sindical que configura pressuposto para a autonomia coletiva.

4.4 PARALELO COM A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA

Na linha do que sucedeu o art. 611-A e o art. 611-B da CLT, em Portugal também se teve importante inversão principiológica em sede das relações entre a lei e os instrumentos de negociação coletiva, com a conseqüente releitura do princípio

do *favor laboratoris* ou da norma mais favorável. O Código do Trabalho de 2003, em seu art. 4º, nº 1¹³¹, conferiu caráter supletivo ao direito legislado em face das disposições coletivas, revolucionando a antiga diretriz fundamental em matéria de relacionamento e coordenação entre a lei e a convenção coletiva, inscrita no art. 13, nº 1, da Revogada Lei do Contrato de Trabalho de Portugal de 1969¹³².

Nesta lei, vigia a regra da aplicação da norma que estabelecesse um tratamento mais favorável ao trabalhador, ainda que tal norma se encontrasse contida numa fonte hierarquicamente inferior. Portanto, a imodificabilidade *in melius* da norma superior (isto é, a imperatividade absoluta desta) e a modificabilidade *in pejus* por norma inferior (isto é, a supletividade daquela) eram excepcionais.¹³³

De outra banda, a reforma de 2003 instituiu um novo direito do trabalho, menos garantístico e mais transaccional, em que aumentava o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estatal, substituindo-se a norma legislada pela norma negociada (reitere-se, somente via negociação coletiva, jamais pelo contrato individual de trabalho). Após efetuadas tais alterações, mudou-se de alma o direito do trabalho português.¹³⁴

Quando da elaboração do atual Código de Trabalho português, no ano de 2009, não se alterou o quadro nos domínios da relação entre a lei e os instrumentos de negociação coletiva, o que se percebe pelo seu art. 3º, nº 1¹³⁵. Todavia, elencou-se um extenso rol de matérias que possuem caráter relativamente imperativo (ou seja, somente podem ser afastadas em sentido mais favorável) no art. 3º, nº 3.¹³⁶

¹³¹ Artigo 4.º Princípio do tratamento mais favorável

1 - As normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário.

¹³² Artigo 13.º Prevalência na aplicação das normas

1 - As fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável para o trabalhador.

¹³³ AMADO, João Leal. **Negociado x legislado: a experiência e a reforma trabalhista brasileira:** algumas notas. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 3, p. 138-159, jul./set. 2017, p. 140.

¹³⁴ Ibidem, p. 143.

¹³⁵ Artigo 3.º Relações entre fontes de regulação

1 - As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário.

¹³⁶ 3 - As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias:

a) Direitos de personalidade, igualdade e não discriminação;
 b) Protecção na parentalidade;
 c) Trabalho de menores;
 d) Trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica;

Importante ressaltar que, fora desse bloco normativo, também poderá haver casos de imperatividade relativa.¹³⁷

Nesse contexto, cabe salientar relevante observação realizada por João Leal Amado, que não se apresenta totalmente contrário a determinadas exceções ao tratamento mais favorável e admite a função de flexibilização que se confere à negociação coletiva. Todavia, por muitas que fossem tais exceções, sustenta que não se deveria subverter o princípio do *favor laboratoris* ou da norma mais favorável, pois tal mudança passa pela revisão da própria identidade do direito do trabalho e dos seus princípios mais básicos.

No ponto, sua crítica consiste na possibilidade de todas as normas estatais serem passíveis de afastamento por meio da negociação coletiva *in pejus*, pelo que se reitera, diante da importância, a sua conclusão:

[...] no século XXI ainda subsiste o fundamento que confere valor normativo ao princípio do *favor laboratoris*, a regra deveria ser a de que o legislado é “insuscetível de desmelhoramento” mediante o negociado. Poderia haver, sem dúvida, exceções a esta regra, em ordem a cumprir a função flexibilizante ou de adaptação regimental que também incumbe à negociação coletiva; mas, por muito numerosas que fossem as exceções, aquela regra de princípio não deveria ser subvertida. Afinal, é da identidade mesma do nosso ramo de direito que estamos a falar, dos seus princípios básicos, do seu código genético, da sua função central, ontem como hoje.¹³⁸

Na esteira do que se sustentou acerca da experiência portuguesa, pode-se estabelecer um paralelo com as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/17, independente da análise dos concretos direitos previstos no art. 611-A e 611-B e dos previstos na legislação portuguesa.

Em termos de sistema, as disposições dos dois ordenamentos parecer ser a mesma: em princípio, as negociações coletivas poderão afastar a lei, prevalecendo

-
- e) Trabalhador-estudante;
 - f) Dever de informação do empregador;
 - g) Limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal;
 - h) Duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias;
 - i) Duração máxima do trabalho dos trabalhadores noturnos;
 - j) Forma de cumprimento e garantias da retribuição;
 - l) Capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta;
 - m) Transmissão de empresa ou estabelecimento;
 - n) Direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.

¹³⁷ AMADO, João Leal. **Negociado x legislado: a experiência e a reforma trabalhista brasileira:** algumas notas..., op. Cit., p. 150.

¹³⁸ Ibidem, p. 151.

sobre esta inclusive quando estabelecer condições menos favoráveis para os trabalhadores. Indo mais longe, o legislador brasileiro adota técnica legislativa que indica a taxatividade das matérias que não podem ser objeto de negociação coletiva, ao passo que indica a não exaustividade do rol de matérias que podem ser negociadas, ainda que em condições menos vantajosas.

Nesse contexto, há posicionamentos no sentido de que a simples previsão de que a negociação coletiva prevalece – em regra, não exceção – sobre a lei é deveras ampla, e pode causar indesejável flexibilização de direitos absolutamente indisponíveis pelo trabalhador.¹³⁹ Nos moldes como operada a Reforma Trabalhista, ainda que delimitadas matérias infensas e passíveis de negociação coletiva, a precisa determinação desses direitos mostra-se de difícil operacionalização. Por isso, seria de melhor operacionalização a alteração pontual¹⁴⁰ de dispositivos da CLT (inserindo, por exemplo, a fórmula “salvo previsão em convenção e acordo coletivo de trabalho”), de modo que os limites da negociação coletiva seriam devida e exatamente especificados. Além disso, a alteração pontual de dispositivos da CLT e da legislação esparsa consoa com a posição de João Leal Amado acima referida, pois não ensejaria no decesso do princípio da norma mais favorável e não subverteria o sistema até então concebido das fontes e dos critérios aplicáveis para a resolução de conflitos. Restariam intactas, em desejável medida, a identidade dos princípios básicos do direito do trabalho e as suas funções.

¹³⁹ BULGUERONI, Renata Orsi. **Negociação coletiva e fontes do direito do trabalho**: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 208-209.

¹⁴⁰ Ao contrário do que se percebe na experiência portuguesa, na experiência espanhola (quando da elaboração da Lei nº 11/1994, que potencializou a produção de fontes autônomas e fortaleceu a negociação coletiva) precisaram-se especificamente quais artigos podem ser alterados no sentido menos favorável, como se vê pelos seguintes exemplos:

Art. 15.1 Estatuto de los Trabajadores: (...) Por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales, así como fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla total de la empresa

Art. 34.1, Estatuto de los Trabajadores: 1. La duración de la jornada de trabajo será la pactada en los convenios colectivos o contratos de trabajo.

La duración máxima de la jornada ordinaria de trabajo será de cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

Art. 34.2, Estatuto de los Trabajadores: Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Art. 34.3, Estatuto de los Trabajadores: (...) El número de horas ordinarias de trabajo efectivo no podrá ser superior a nueve diarias, salvo que por convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establezca otra distribución del tiempo de trabajo diario, respetando en todo caso el descanso entre jornadas.

A partir dessas considerações acerca da subversão do princípio da norma mais favorável e da revisão dos princípios informadores do direito do trabalho, segue-se às considerações finais acerca de tais modificações.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se, neste trabalho, analisar o princípio da norma mais favorável e a sua amplitude, com o propósito de verificar se as fontes negociais podem suprimir ou reduzir direitos previstos em lei.

De início, viu-se as diferenças entre as fontes de direito do trabalho de acordo com o seu centro de produção, que se dividem entre as fontes estatais (lei) e as fontes negociais (acordos e convenções coletivas de trabalho). A forte presença destas últimas no âmbito do direito do trabalho permite afirmar que o ramo juslaboral é explicado pelo pluralismo jurídico, pois nele coexistem diferentes fontes de produção das normas jurídicas constituídos na sociedade. Nesse contexto, ganha relevo a autonomia coletiva dos particulares, que pode ser concebida como o poder de auto-regulamentação resultante da negociação entre entes privados, tais quais os sindicatos e os empregadores.

A relevância que é atribuída à autonomia coletiva dos particulares varia de acordo com o modelo laboral adotado por cada ordenamento. Pelo lado do modelo legislado, há uma tendência por se reservar à lei papel de centralidade; pelo lado do modelo negociado, prestigia-se a autonomia da vontade. No caso brasileiro, antes mesmo da Reforma Trabalhista, percebia-se um sistema híbrido em que se misturam as características desses dois modelos. Após o seu advento, conferiu-se maior realce ao modelo negociado em detrimento do legislado.

Em síntese, enxergou-se a singularidade do direito do trabalho em apresentar um pluralismo de fontes, contando com dois grandes centros de produção jurídica: um centrado no Estado e outro na autonomia coletiva dos particulares. Torna-se importante, nesse cenário, a questão da hierarquia e dos critérios que devem ser observados para o estabelecimento da ordem entre as normas produzidas por cada um desses centros.

O princípio da norma mais favorável foi classicamente concebido como a diretriz para a solução do conflito entre normas, criando-se uma hierarquia dinâmica pela qual prevalecia a norma mais benéfica ao trabalhador. Dito em outras palavras, a criação de regras por meio da negociação coletiva deveria, em regra, ocorrer somente no sentido que lhe é mais favorável. Em casos excepcionais, poderiam ocorrer no sentido menos favorável, vide o permissivo inscrito nos incisos VI, XIII e XIV da Constituição Federal.

Todavia, com o advento da Lei nº 13.467/2017 e do novel art. 611-A da CLT, previram-se diversas matérias sobre as quais as fontes negociais podem prevalecer sobre a lei – inclusive no sentido menos favorável, suprimindo ou reduzindo direitos nela previstos. Portanto, essa alteração tornou necessária a rediscussão do princípio até então utilizado para operacionalizar a relação entre a lei e os instrumentos da negociação coletiva.

Aqui, destacou-se o recorte do tema feito para fins desta pesquisa: a amplitude do princípio da norma mais favorável.

No desenvolvimento da questão, viu-se que o princípio da proteção (assim como todos os princípios, de um modo geral) está sujeito a uma dinamicidade e submetido a uma constante superação. Antes absoluto, como não era de se esperar pelo contexto em que se originou e pela necessidade de corrigir as grandes desproporções nas relações de trabalho, na atualidade passa a ser relativo diante da crescente demanda da flexibilização. Nesse sentido, adotou-se a concepção de que a flexibilização se origina dos diversos fatores que têm alterado as características dos mercados e dos modos de produção.

Ainda, foi possível notar que a flexibilização encontra respaldo em opções doutrinárias que procuram alterar as estruturas e as funções do direito do trabalho, como se percebeu por meio do estudo das novas construções dos princípios juslaborais no direito do trabalho contemporâneo. Nesse ponto, a flexibilização difere do direito do trabalho “da crise”, cujo instauração ocorre diante de determinada conjuntura, e não busca realizar correções estruturais, mas sim ajustes pontuais e assistemáticos que, no mais das vezes, debilitam garantias tradicionais do trabalhador individual. Portanto, não traduz aquelas opções doutrinárias da flexibilização.

Diante do caminho percorrido, dos fundamentos à relatividade da proteção, visualizou-se a existência de duas dimensões sob as quais pode ser analisado o princípio da norma mais favorável: a dimensão da proteção estatal e a dimensão da flexibilização.

Visto dentro da dimensão da proteção estatal, o princípio da norma mais favorável é considerado princípio solar e informador do direito do trabalho, totalmente identificado com os fundamentos da proteção e necessário diante da relação assimétrica de trabalho. Visto dentro da dimensão da flexibilização, viram-se posicionamentos que advogam pela revisitação do princípio da norma mais

favorável. Dentre esses, verificou-se desde posições severas que pugnam pela sua decadência até posições moderadas que admitem a sua mitigação, reconhecendo, todavia, a importância da continuidade desse princípio.

Sem negar os fundamentos que outrora o justificaram, concordou-se com esta concepção moderada, em função dos seguintes fatores que permitem a recolocação do princípio em moldes de menor rigidez: a) evolução das condições econômicas globais dos trabalhadores e a perda da homogeneidade dessa categoria; b) elevação dos patamares de tutela dos trabalhadores; c) injustificada aplicação do princípio com o mesmo grau de irredutibilidade no contrato de trabalho individual e na negociação coletiva; e d) vantagens de se conferir maior elasticidade às negociações coletivas.

Também, foi possível perceber que a reformulação na estrutura sindical brasileira se coloca como uma necessidade apontada em grande parte dos posicionamentos que se situam na dimensão da flexibilização. Portanto, não se pode vislumbrar a plena valorização da autonomia coletiva sem que se perceba um distanciamento das origens corporativistas que ainda são sentidas no atual modelo sindical, não se propiciando a ampla atuação dos atores sociais. Ademais, a transformação da negociação coletiva – de função acessória para mecanismo central de regulação das condições de trabalho – exige uma cultura negocial que não se encontra no caso brasileiro.

Em um paralelo com a experiência portuguesa, encontrou-se pertinentes críticas que admitem a flexibilização em determinadas exceções ao tratamento mais favorável; todavia, sustentam que, por mais numerosas que fossem as exceções, não se poderia subverter todo o sistema até então concebido. Nesse sentido, viu-se que as previsões contidas nos arts. 611-A e 611-B da CLT são deveras amplas, pois a técnica legislativa adotada indica a taxatividade das matérias que não podem ser objeto de negociação coletiva, ao passo que sinaliza a não exaustividade do rol de matérias que podem ser negociadas em condições menos favoráveis.

A partir do cotejo realizado entre as duas dimensões, conclui-se que o princípio da norma mais favorável pode ser colocado em moldes de menor rigidez, inclusive para suprimir ou reduzir direitos previstos em lei. Todavia, com base em uma análise mais profunda do tema, chega-se a conclusões secundárias, mas fundamentais. Em primeiro, a conclusão de que há necessidade de uma reformulação da estrutura sindical que propicie a ampla atuação dos atores sociais.

Em segundo, a conclusão de que não se observou uma técnica legislativa que indique precisamente o sentido das normas legais; isto é, não se delimitaram as normas que podem ser afastadas somente no sentido mais favorável e aquelas que também o podem ser no sentido menos favorável. Desse modo, melhor técnica seria adotada a partir da inclusão de exceções ao princípio da norma mais favorável nos próprios dispositivos legais, e não a revolução normativa que prevê um sem número de dispositivos passíveis de serem afastados por meio da negociação coletiva *in pejus*, pelo que se nota a assistemática da técnica adotada pelo legislador.

Por fim, foi possível concluir que a evolução do direito do trabalho e a sua atualização conforme as tendências são incontornáveis, como se percebeu a partir da análise da dimensão flexibilizadora, pela qual se pode constatar heterogeneidade das relações de trabalho na atualidade e a imposição de se conferir diferentes níveis de proteção. Tais alterações, todavia, devem ser operadas de modo sistemático e visando promover correções estruturais no direito do trabalho, de modo que nunca se perca de vista o essencial, consubstanciado na proteção do trabalhador. Assim, preservada e reafirmada estará a ideia ou o sentido do direito do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2005.

AMADO, João Leal. **Negociado x Legislado: o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador e as relações entre a lei e a convenção colectiva em Portugal**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho / Comissão de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011.

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

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BULGUERONI, Renata Orsi. **Negociação coletiva e fontes do direito do trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

CAMINO, Carmen. **A autonomia coletiva**. Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário. Porto Alegre, n. 3, nov./dez. 2004.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito social: denominação, conceito e conteúdo**. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 35, n. 1 (1939), p. 218, disponível online em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/65900/68511>

COIMBRA, Rodrigo. **Efetivação dos direitos com objeto difuso**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DRAY, Guilherme Machado. **Direitos fundamentais e retrocesso social: o sentido do direito do trabalho, a experiência portuguesa e o caso brasileiro**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 3, p. 82-113, jul./set. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas por Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Monteiro. **A crise do direito do trabalho e o direito do trabalho "da crise"**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Belém, n.34, jan. 1985

_____. **A "flexibilidade" em direito do trabalho**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região: Belém. [S.l.], n.40, jul. 1988.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma trabalhista e crise econômica: negociado versus legislado**. Desafios da reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JEAMMAUD, Antoine. "Legislación y realidade de la negociación: apuntes para el análisis de sus relaciones". In Antonio Ojeda Avilés e Oscar Ermida Uriarte. **La negociación colectiva en América Latina**. Madri: Trotta, 1993.

MAGANO, Octavio Bueno. **A determinação da norma mais favorável**. Revista LTr: Legislação do Trabalho: São Paulo. São Paulo, v.53, 05, p. 531-537, maio 1989.

MARTINS, Antero Arantes. **A oposição entre a flexibilização e o princípio da norma mais favorável ante a crise da efetividade do direito do trabalho brasileiro**. Revista Amatra II: 2ª Região. [S.l.], V.3, n.7, p. 5-12, out. 2002.

MANNRICH, Nelson. **Modelo de relações trabalhistas: reflexão sobre propostas de reforma - o negociado e o legislado**. Revista de Direito do Trabalho Sao Paulo v.27 n.101 p.71-83 jan./mar. 2001.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2012.

_____. **Compêndio de direito sindical**. 8ª ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Limites da negociação coletiva na perspectiva de projeto de flexibilização da CLT**. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo. v. 65 n.12.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Iniciação ao direito do trabalho**. 38ª ed. São Paulo: LTr, 2013.

PLÁ RODRIGUES, Américo. **Princípios de direito do trabalho**; tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1978.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Direito do trabalho – Parte I – Dogmática Geral**. Coimbra, Almedina, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. **Princípios em conflito: autonomia privada coletiva e norma mais favorável: o negociado e o legislado**. Direito do trabalho e direito da seguridade social: direito coletivo, administrativo, ambiental e internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1999.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. **Autonomia privada coletiva**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 21 apr. 2018

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÜSSEKIND, Arnaldo. [et. al]. **Instituições de direito do trabalho** – 18 ed. atual. – São Paulo: LT, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico – Fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.