O PODER NEGOCIAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS: INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO OU DE VIOALAÇÃO DIREITOS?

Abel Leandro Martins dos Santos[1]

Bruna Christiane Dantas Campos[2]

"*Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o operário, é a liberdade que oprime e a lei que liberta*" (Abade Lacordaire).

RESUMO: Este estudo objetivou entender como a reforma trabalhista aumentou a autonomia e se essa pode ou não prejudicar o trabalhador hipossuficiente. Tem comofinalidade identificar possíveis abusos derivados da negociação entre empregador e empregado na relação de emprego, bem como apresentar como se dava a negociação trabalhista antes da reforma; analisar as principais alterações que ocorreram na negociação trabalhista eidentificar possíveis prejuízos ao empregado. Para tanto, foi utilizado como método para coleta de dados a pesquisa bibliográfica. A partir da análise de dados foi possível perceber a importância que a Justiça do Trabalho tem para proteção dos direitos dos trabalhadores comuns e como uma ampla autonomia negocial pode afetar estes trabalhadores.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista; autonomia negocial; negociação trabalhista; justiça do trabalho.

Introdução

Atualmente muito se tem discutido sobre a Lei nº 13.467/2017, conhecido como "reforma trabalhista", e o poder negocial entre às partes da relação. O motivo disto é que esta reforma fornece uma ampla liberdade para empregados e empregadores negociarem direitos e deveres. Este estudo busca identificar as principais mudanças ocorridas na legislação e possíveis impactos na vida do empregado.Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizada pesquisa

[1] Graduando em Direito – Faculdade de Tecnologia e Ciências (FTC). E-mail: abel-martins@outlook.com

[2]Formada em matemática pela Unifacs e em direito pela Ufba. Especialista em direito e processo do trabalho pela Unifacs. Mestranda em políticas sociais e cidadania pela ucsal. Coordenadora do curso de direito da Universidade Salgado de Oliveira - Universo. Professora das cadeiras de Direito Empresarial, Direito do trabalho e Direito processual do trabalho da Ftc e da Universo. Juíza leiga da 4 turma recursal Cível e Criminal dos juizados especiais - Tjba E-mail: brunacdcampos@uol.com.br

bibliográfica. A pesquisa bibliográfica baseou-se em publicações científicas de artigos e livros da área trabalhista.

O Direito do Trabalho busca a proteção da parte hipossuficiente da relação, o empregado, utilizando-se da legislação vigente e das técnicas de hermenêutica. Contudo, apesar do nome, o Direito do trabalho não serve para todos os trabalhadores.

Por isso, antes é preciso definir a quem se dirige o presente estudo fazendo necessário identificar os requisitos para caracterizar uma relação de emprego. Segundo Doutrina majoritária, são cinco requisitos para configuração do vínculo empregatício: Pessoalidade do empregado, onerosidade, trabalho não eventual, alteridade do empregador e subordinação do empregado para com o empregador. Verificados os cinco requisitos de forma concomitante, configurado está o vínculo empregatício.

Logo após, por causa do tema, será exigido um estudo aprofundado sobre a subordinação existente entre empregado e empregador. Será mostrado como o Direito do Trabalho acaba sendo um contraponto entre o poder empregatício e a subordinação do empregado.

Assim como todo o Direito, o Direito do Trabalho é criado tendo como base princípios fundantes. Estes não só ajudam a interpretar a legislação, mas, também serve de base no momento de sua criação ajudando, também, ao magistrado quando do exercício da jurisdição.

Em seguida será realizada uma análise de um ponto específico da reforma trabalhista: a preponderância do negociado sobre o legislado. Até que ponto a reforma ampliou a autonomia das partes para negociar? Posteriormente, a identificação dos impactos que essa autonomia poderá gerar na vida do trabalhador.

Essa pesquisa se justifica através da análise da comparação da negociação trabalhista antes e após a reforma, em contribuição para o seu público alvoo benefício de identificar possíveis abusos derivados da negociação entre empregador e empregado. Com isso, a teoria defendida no presente trabalho é que o aumento da autonomia negocial trabalhista pode gerar prejuízo ao trabalhador hipossuficiente.

Portanto, buscou-se reunir informações com o propósito de responder ao seguinte problema de pesquisa: o poder negocial nas relações trabalhistas contribui como instrumento de proteção ou de violação de direitos?

1. Requisitos da relação de emprego

Para melhor compreensão do tema que será abordado adiante, é necessário consolidar alguns conhecimentos propedêuticos. Inicialmente, é essencial entender o que é a relação de emprego e quais são os requisitos para que esta se configure.

Conforme Delgado(2017, p.310), contrato de trabalho é diferente de relação de emprego. Aquele é gênero que comporta algumas espécies. Uma dessas é a relação de emprego.O que se pode extrair dos artigos 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)é a necessidade preencher cinco requisitos, ao mesmo tempo, para se configurar a relação de emprego.

Dispõe o artigo 2º da CLT que: “considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. Diante do artigo, pode-se extrair, desde logo, os requisitos da prestação pessoal do serviço e que o risco da atividade econômica tem de ser suportado apenas pelo empregador.

Os outros três requisitos são retirados do artigo 3º da mesma consolidação trabalhista: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário”. Deste são assimilados os pressupostos da não eventualidade, subordinação jurídica e onerosidade.

Segundo Delgado (2017, p.314), tais elementos são, portanto: trabalho não eventual, prestado “*intuitu personae”* (pessoalidade) por pessoa física, em situação de subordinação, com onerosidade. Observe-se que o estimado autor não estipula que o risco da atividade econômica deve ser suportado apenas pelo empregador como requisito da relação empregatícia.

Não é o caso de Cassar, que enumera os cinco requisitos da relação empregatícia: pessoalidade, subordinação, onerosidade, não eventualidade e que o empregado não corra o risco do negócio(CASSAR, 2014, p.242).

A relação de emprego é pessoal significa dizer que o trabalhador é contratado por suas características pessoais. Ou seja, ele é contrato pelo grau de tecnicismo, pela fidúcia com o empregador, pelo zelo no desempenho das suas atividades, etc. Evidente que essa pessoalidade está presente apenas com a pessoa do empregado, o que infere-sedo trecho abaixo:

> É essencial à configuração da relação de emprego que a prestação de trabalho, pela pessoa natural, tenha efetivo caráter de infungibilidade, no que tange ao trabalhador. A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, de modo, intuitu personae com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados[...](DELGADO, 2017, p.315).

Essa pessoalidade, outrossim, deve ser exercida por uma pessoa física, que conforme Cassar (2014, p.243), "[...] se explica porque o trabalho se constitui numa obrigação de fazer inseparável da pessoa humana, o que consequentemente acarreta a intervenção do Estado[...]".

Apesar de Delgado (2017) entender que "a prestação de trabalho tenha caráter efetivo de infungibilidade", o próprio, logo após, informa duas situações em que esse caráter mitigado: a primeira ocorre na substituição temporária consentida pelo empregador; a segunda quando a lei permitir como, por exemplo, nas férias do empregado contratado.

Em pensamento contrário, Cassar (2014) informa que a infungibilidade não é característica do serviço, mas do contrato de emprego. Caso o serviço fosse infungível, ele não poderia ser executado por outras pessoas, o que ocorre em alguns casos, porém, nas palavras da Doutora, não foi isso que a norma quis informar.

> Há obrigações em que um número indeterminado de pessoas possui habilidade para executá-las, pois fungíveis. Entretanto, há outras em que a obrigação de fazer (prestar o serviço) é contraída exclusivamente por valores intrínsecos da pessoa do obrigado, como: fama, talento, interpretação, criação, habilidade, parentesco etc. Estas são as obrigações infungíveis ou de caráter personalíssimo[...](CASSAR, 2014, p.244).

Esse é o mesmo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Isso pode ser constatadopela interpretação do inciso I da súmula nº 159 que dispõe: "enquanto perdurar a substituição que não tenha caráter meramente eventual, inclusive nas férias, o empregado substituto fará jus ao salário contratual do

substituído.” Logo, pode-se observar que o funcionário pode ser substituído em algumas ocasiões como em caso de férias do empregado.

Por conseguinte, pode-se concluir que o que tem caráter pessoal é do contrato de trabalho (relação empregatícia) e não o serviço em si. Este pode ser realizado por outras pessoas quando não tiver caráter infungível, quando o empregador consentir ou nos casos específicos em que a lei permite. Com isso, as hipóteses de substituição permitida no ordenamento jurídico pátrio não afastam o caráter pessoal da relação de emprego.

A doutrina fundamenta onerosidade, outro requisito para configuração da relação de emprego, pela expressão do artigo terceiro da CLT “mediante salário”. No mesmo sentido, segundo entendimento de Cassar (2014, p.253), “A onerosidade do contrato de trabalho é traduzida pelo pagamento de salário em pecúnia ou em utilidade”.

Compartilhando a mesma ideia, Delgado (2017, p.321) disserta que “A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. [...] Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em proveito do obreiro”.

Nesse sentido, é possível inferir que inexiste contrato de trabalho sem a devida contraprestação pelo serviço prestado.

Além disso, a doutrina também classifica a onerosidade em objetiva e subjetiva. A objetiva diz respeito com o pagamento em si, independente da vontade dos sujeitos da relação. Assim, explica Cassar (2014, p.253), “O aspecto objetivo ocorre quando, mesmo que não tenha havido interesse principal no pagamento ou intenção de trabalhar pelo dinheiro, houve de fato a contraprestação”. No mesmo sentido, Delgado (2017, p.322) explica que “no plano objetivo, a onerosidade manifesta-se pelo pagamento, pelo empregador, de parcelas dirigidas a remunerar o empregado em função do contrato empregatício pactuado”.

Com isso, mesmo que o trabalho seja prestado por amor a profissão, por exemplo jogador de futebol, caso haja um pagamento, que pode ser “em pecúnia ou utilidade” (CASSAR, 2014, p.253), está configurado, pelo aspecto objetivo, o pressuposto da onerosidade.

O aspecto subjetivo da onerosidade se caracteriza pela vontade do empregado de receber uma contraprestação pelo serviço prestado. De acordo com Delgado, é necessária a análise, em raras situações, do aspecto subjetivo da onerosidade:

> Entretanto, existem algumas situações – raras, é verdade – em que a pesquisa da *dimensão subjetiva*da onerosidade será a única via hábil a permitir aferir-se a existência (ou não) desse elemento fático-jurídico na relação de trabalho vivenciada pelas partes (DELGADO, 2017, p.322).

O autor, outrossim, explicita quando que é necessária tal análise:

> Trata-se, por exemplo, de situações tipificadas como de *servidão disfarçada*, em que há efetiva prestação de trabalho e ausência de contraprestação onerosa real pelo tomador dos serviços; ou situações de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso, em que há também efetiva prestação de trabalho sem contraprestação onerosa real pelo tomador dos serviços (o chamado trabalho pactuado *affectionisvelbenevolentias causa);* ou, finalmente, outras distintas situações de trabalho voluntário, comunitário, filantrópico político ou religioso em a prestação de trabalho se realiza em um contexto de alguma reciprocidade material em benefício do prestador enfocado (DELGADO, 2017, p.322).

Observe-se que inexiste aspecto objetivo nessas situações. Sendo assim, deve ser analisado o aspecto subjetivo para a configuração do vínculo, ou não, da relação empregatícia.

Conforme Delgado, embora muitos autores não pensem dessa forma, o *animus contrahendi* está diretamente relacionado com o pressuposto da onerosidade. Essa vontade de contratar, que deve ser analisada pelo ponto de vista do prestador, serve para informar qual tipo de ralação existe entre o prestador e o tomador do serviço.

Então, para que exista reação de emprego, deve existir por parte do prestador uma contraprestação pelo serviço realizado. Essa contraprestação pode ser analisada por dois aspectos: objetivo e subjetivo. O objetivo se destaca no simples recebimento da pecúnia ou utilidade. Já o subjetivo, deverá ser realizada a análise da vontade do prestador em receber tal contraprestação.

Nas palavras de Martinez (2016, p.257), “constata-se, pois, que a eventualidade baseia-se numa ideia de *imprevisibilidade de repetição*”. E exemplifica: “assim, se alguém contrata um lavador de carros quando estaciona nas proximidades da praia e, depois de completado o serviço, não há qualquer previsão

acerca de sua repetição, pode-se dizer que esse trabalhador revelou-se como um eventual”.

No mesmo sentido, Delgado (2017, p.317) informa que: “[...] para que haja relação empregatícia é necessário que o trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinando), não se qualificando como trabalho esporádico”.

O conceito de eventualidade é controvertido na doutrina. Sendo assim, conforme Delgado (2017, p.316), deve-se comparar o caso concreto com a conjugação das teorias para verificar se existe ou não o pressuposto da não eventualidade.

Continua o autor:

> [...] as principais teorias informadoras da noção de eventualidade (e, consequentemente, da não eventualidade) são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica. Adiante-se que, em conformidade com a doutrina e jurisprudência dominantes, a primeira de tais teorias (descontinuidade) seria incompatível com a CLT, mas harmônica à legislação reguladora do trabalho doméstico, ao passo que as três subsequentes teorias seriam ajustadas ao espírito do texto celetista (DELGADO, 2017, p.315).

Antes de análise das teorias é preciso fazer a distinção entre não eventualidade e continuidade. A não eventualidade, que é pressuposto para relação de emprego (não doméstico), se verifica pela conjugação das teorias do evento, dos fins do empreendimento e da fixação jurídica, com o caso concreto. Já a continuidade, expresso no *caput* do artigo primeiro da Lei Complementar nº 150, se enquadra à teoria da descontinuidade, aplicando-se aos domésticos.

De acordo com Delgado (2017, p.319), “informa, por sua vez, a teoria do evento, que se considera como eventual o trabalhador admitido na empresa em virtude de um determinado e específico fato, acontecimento ou evento, ensejador de certa obra ou serviço”.

Já a teoria dos fins do empreendimento, que segundo Delgado (2017, p.319) éa categoria mais prestigiada dentre as três, informa que para ser eventual, as atividades desempenhadas pelo obreiro não podem estar no arcabouço principal da empresa. Ou seja, o serviço não deve ser a atividade finalística normais da empresa.

Por fim, ainda conforme Delgado (2017, p.320), a teoria da fixação jurídica informa que será trabalhador eventual aquele prestador que não se fixar a uma fonte de trabalho. Na contramão, aquele que se fixar é trabalhador não eventual.

Segundo Barros (2016, p.175):

> O pressuposto da **não eventualidade** traduz-se pela exigência de que os serviços sejam de natureza não eventual, isto é, necessários à atividade normal do empregador. Observe-se que o legislador não se utilizou do temo "continuidade". Logo, mesmo que descontínuo, isto é, intermitente, o serviço executado pelo empregado poderá ser de natureza não eventual. Basta para isso que seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do empregador.

É possível compreender, portanto, que, apesar de Delgado considerar que o correto seria a conjugação das três teorias ao caso concreto, Barros e a doutrina majoritária consideram que a CLT adotou a teoria dos fins do empreendimento. A tese é sustentada por ela com o seguinte exemplo: "[...] é o que ocorre com os professores que comparecem aos estabelecimentos de ensino para ministraremdeterminada disciplina durante dois ou três dias na semana [...]". Um exemplo próximo é o do garçom que comparece apenas aos domingos em um restaurante que tem a peculiaridade de ter uma demanda maior nesse dia.

Então, caso o obreiro trabalhe de modo não eventual, atuando diretamente nas atividades fins da empresa, está por cumprir mais um pressuposto da relação empregatícia.

Apesar de alguns doutrinadores, como Delgado (2017) e Cairo Jr. (2017), não enumerarem "o risco do negócio suportado pelo empregador"como mais um pressuposto da relação de emprego, a doutrina majoritária e a legislaçãotêm o entendimento diverso.

De acordo com a expressão "assumindo o risco da atividade econômica**"** do artigo 2º da CLT é possível constatar que o empregado, em primeira análise, não será prejudicado caso a atividade econômica não gere o resultado previsto, ou gere prejuízo, ao empregador.

Nas palavras de Cassar (2016, p.264): "[...] Este é um critério diferenciador, já que todos os outros requisitos podem estar presente, em maior ou menor intensidade, mas se o trabalhador correr o risco do negócio, empregado não será".

Não necessariamente quando um trabalhador presta um serviço a outra pessoa ela estará fazendo sem risco próprio. É o caso do trabalhador autônomo. Este presta serviço à outra pessoa, porém o risco do negócio está por sua conta própria.

> De maneira geral, no contrato autônomo, o risco da prestação em desenvolvimento é do próprio prestador (no trabalho assalariado, ao contrário, o risco é exclusivo do empregador — art. 2º, CLT). Ou seja, o prestador tende a assumir os riscos da própria prestação laborativa (DELGADO, 2017, p.376).

Então, para que se cumpra mais um pressuposto da relação de emprego, necessário será que o empregado não sofra o risco da atividade econômica.

Para o Direito do Trabalho, a subordinação, de forma geral, significa o poder que o empregador tem de definir o modo como o serviço será executado pelo empregado. Esse pressuposto será tratado com maior detalhe no tópico seguinte.

2. Poder empregatício e subordinação jurídica do empregado

Nas palavras de Delgado (2017, p.750), “o poder empregatício divide-se em poder diretivo (também chamado poder organizativo), poder regulamentar, poder fiscalizatório (este também chamado poder de controle) e poder disciplinar”. Logo, observa-se que poder empregatício é gênero que comporta, no mínimo, quatro espécies. Será analisado, neste tópico, as espécies do poder empregatício em contraponto com a subordinação do empregado.

O poder diretivo ou organização, conforme Cairo Jr. (2017, p.287), é o poder que o empregador detém para emanar ordens diretas aos seus empregados. Esse poder, outrossim, poderá ser exercido por um preposto da empresa.

O regulamentar tem objetivo próximo do poder diretivo. Muda com relação a este pelo fato da ordem emanada ter caráter genérico. Esta ordem se encontra definida no regulamento da empresa adequando, desta forma, o comportamento dos empregados. “As cláusulas dessa norma particular aderem automaticamente aos contratos trabalhos” (CAIRO JR., 2017, p.287), desde que mais benéfica ao obreiro.

O poder fiscalizatório ou controle, nas palavras de Delgado, é:

> [...] o conjunto de prerrogativas dirigidas a propiciar o acompanhamento contínuo da prestação de trabalho e a própria vigilância efetivada ao longo do espaço empresarial interno. Medidas como o controle de portaria, as

> revistas, o circuito interno de televisão, o controle de horário e frequência, a prestação de contas (em certas funções e profissões) e outras providências correlatas é que seriam manifestação do poder de controle (DELGADO, 2017, p.753).

Com isso, o empregador pode, além de emanar ordens diretas e genéricas, fiscalizar se essas ordens estão sendo cumpridas.

Disciplinar é o poder do empregador de punir o empregado que transgredir às suas ordens diretas ou genéricas. Conforme Martins (2015, p.237), “O poder de punição do empregador deve ser exercido com boa-fé e razoabilidade. O objetivo da punição deve ser pedagógico[...]. O uso do poder de punição por parte do empregador em desacordo com suas finalidades implica excesso ou abuso de poder”.

Logo, pode-se depreender que o empregador tem a faculdade de utilizar o poder empregatício para emanar ordens diretas e genéricas, fiscalizar e punir o empregado. Contudo, tal poder não é ilimitado,esse sofre limitações constitucionais e legais. De acordo com Martins (2015, p.234), “[...] não poderá ser a revista feita de maneira abusiva ou vexatória, ou seja, deverá ser moderada. Vedada será a revista que violar a intimidade do empregado (art. 5º, X, da Constituição), além do que ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante[...] ”.

Nas palavras de Cassar (2014, p. 246), “a expressão subordinação deriva do termo *subordinare* (*sub* – baixo; *ordinare* – ordenar), isto quer dizer imposição da ordem, submissão, dependência, subalternidade hierárquica”. Ou seja, no sentido etimológico da palavra, subordinação significa uma ordenação abaixo, uma hierarquia a ser observada.

Para o Direito do Trabalho, a subordinação, de forma geral, significa o poder que o empregador tem de definir o modo como o serviço será executado pelo empregado. Isso pode ser inferido do conceito abaixo:

> A subordinação nada mais é que o dever de obediência ou o estado de pendência na conduta profissional, a sujeição às regras, orientações e normas estabelecidas pelo empregador inerentes ao contrato, à função, desde que legais e não abusivas (CASSAR, 2014, p.246).

Conforme Delgado (2017, p.324), a subordinação é o pressuposto da relação de emprego mais importante. Isso porque é por ele que existe a distinção dos outros tipos de contrato empregatício como por exemplo o trabalho avulso. O trabalhador

autônomo trabalha com independência, não tendo, de certa forma, que seguir procedimentos estabelecidos pelo contratante.

A doutrina divide a subordinação em objetiva e subjetiva. A subordinação subjetiva reforça o vínculo de dependência pessoal do trabalhador. Isso significa que o trabalhador, em pessoa, que é dependente do empregador. Apesar da literalidade do artigo 3º da CLT o empregado não fica subordinado de forma subjetiva ao empregador. Conforme explicita Delgado:

> A concepção subjetiva do fenômeno da subordinação – hoje inteiramente superada – (...). Efetivamente, a expressão dependência acentua o vínculo pessoal entre as partes componentes da relação de emprego, correspondendo a uma fase teórica em que não se havia ainda firmado a noção essencialmente jurídica do fenômeno da subordinação (DELGADO, 2017, p.326).

A subordinação é de ordem objetiva. Ou seja, o empregado está subordinado na forma de como fazer o serviço. O empregador tem o poder de falar como quer que seja executado o serviço.

Outra questão a ser analisada sobre a subordinação diz respeito à sua natureza jurídica. Atualmente entende-se que a subordinação é jurídica e não econômica ou técnica. A subordinação econômica pressupõe que o empregador tem o poder econômico maior que o empregado. Isso é válido na maioria dos casos, contudo, existem casos refutam tal classificação. Do mesmo modo ocorre na subordinação técnica que pressupõe que o empregador tem o conhecimento absoluto do negócio. Em muitos casos ocorre o inverso, o empregado é contratado para suprir uma dificuldade do empregador.

Conforme Professor Cairo Jr. (2017, p.316),

> [...] daí resulta que a subordinação só pode ser explicada pelo seu caráter jurídico, pois tem origem em um contrato de trabalho, por meio do qual o empregado despoja-se de sua liberdade de execução dos serviços e transfere para o empregador a propriedade do seu resultado".

Ou seja, a observância da subordinação entre empregador e empregado deriva da lei.

A modificação do artigo 6º da CLT realizada pela Lei nº 12.511/11 acrescentou o parágrafo único que fez menção expressa à subordinação jurídica: "Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de **subordinação jurídica**, aos meios

pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio" (grifo nosso).

A doutrina, outrossim, classifica a subordinação em espécies. Estas não se excluem, mas se complementam e harmonizam, são elas: subordinação clássica, objetiva e estrutural.

A subordinação clássica, nas palavras de Delgado (2017, p.327),

> [...] é a subordinação consistente na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o trabalhador compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no tocante ao modo de realização de sua prestação laborativa. Manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o respectivo trabalhador. [...]

Então, a subordinação clássica é aquela em que o empregado recebe a ordem diretamente do empregador, por exemplo, quando num escritório o empregador solicita que o empregado faça uma impressão de determinado arquivo ou quando a cozinheira chef solicita que o ajudante prepare um prato qualquer.

Objetiva é a subordinação que se manifesta pela integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento do tomador de serviços, ainda que afrouxadas "...as amarras do vínculo empregatício". [...], esta noção "... vincula a subordinação a um critério exclusivamente objetivo: poder jurídico sobre atividade e atividade que se integra em atividade". [...], a subordinação pode traduzir uma "relação de coordenação ou de participação integrativa ou colaborativa [...]". Como se percebe, a integração do obreiro e seu labor aos objetivos empresariais é a pedra de toque decisiva a essa dimensão do fenômeno sociojurídico subordinativo. (VILHENA *apud* DELGADO, 2017, p.328).

Não é necessário, portanto, que o empregador dê ordem direta ao empregado (subordinação clássica). A simples integração da atividade do empregado aos fins da empresa e a possibilidade de exercer o poder jurídico do empregador são suficientes para caracterizar a subordinação jurídica com base objetiva.

A subordinação estrutural tem por base, nas palavras de Delgado (2017, p.328), "a inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento". Observe-se que no conceito de subordinação estrutural, como na objetiva, prescinde que o empregador

dê ordem direta ao empregado, bastando que este se incorpore a estrutura, organização e cultura da empresa.

Para haver a subordinação jurídica, portanto, basta que tenha incidido alguma de suas espécies: clássica, objetiva ou estrutural.

Decorre, também, do poder diretivo o denominado *jus variandi*, que é o poder que tem o empregador de realizar pequenas alterações no contrato de trabalho. Conforme Resende (2016, p.93)

> O *jus variandi*torna lícito ao empregador efetuar pequenas alterações **não substanciais** no contrato de trabalho, de forma a melhor organizar, sob critérios objetivos, o seu empreendimento. São permitidas, em geral, alterações do horário de trabalho, definição da cor e do modelo do uniforme dos empregados, entre outras. O importante é que essas alterações não atinjam o núcleo das cláusulas contratuais, causando prejuízo ao empregado.

De um lado tem o poder empregatício do empregador e, do outro, tem a subordinação jurídica do empregado junto ao empregador.

Nas palavras de Gaspar (2011, p.129)

> Esse poder de direção conferido ao empregador em razão da celebração do contrato de trabalho, portanto, representa a contraface da subordinação jurídica que, nesse sentido, apresenta-se como a faculdade do empregador dirigir a prestação de serviços do empregado.

Entre o poder empregatício do empregador e a subordinação jurídica do empregado existe o Direito do trabalho, que é um “contraponto jurídico” nas palavras de Delgado:

> O Direito do Trabalho, entretanto, como se sabe, desde seu início, afirmou-se como o grande contraponto às prerrogativas do poder empregatício. Com suas regras, princípios e institutos consolidou, nos últimos 150 anos, no Ocidente, significativa barreira – ou pelo menos atenuação – ao exercício antes incontrastável desse poder no mundo laborativo. (DELGADO, 2017, p.796)

Com isso, verifica-se que o Direito do Trabalho surgiu com intuito de proteção do empregadoe como um contraponto a esse poder empregatício do empregador. Desta forma, busca-se um equilíbrio entre a subordinação jurídica e o poder empregatício.

3. Poder negocial: uma análise principiológica

Uma negociação trabalhista pode ocorrer de modo individual ou coletivo. Cada uma dessas negociações tem princípios próprios por causa da relação entre as pessoas envolvidas. A negociação individual tem como característica predominante a desigualdade entre o empregador e o empregado. Em esteira diversa, na negociação coletiva o empregador está no mesmo patamar do ente que representa os trabalhadores. Nesse caso, os princípios utilizados na relação de negociação individual também serão diferentes dos utilizados na negociação coletiva.

É sabido que os princípios servem tanto para produção legislativa da norma quanto para a interpretação e, também, para integração do ordenamento jurídico ao preencher lacunas. Sendo assim, necessário se faz o estudo dos princípios relevantes para o tema.

Na negociação trabalhista individual serão analisados os princípios: da proteção e suas espécies (condição mais benéfica, norma mais favorável e o *in dubio, pro misero*), primazia da realidade, intangibilidade salarial e indisponibilidade de direitos. Já na negociação coletiva serão abordados os princípios: da equivalência entre os negociantes, preponderância do interesse coletivo sobre o individual e da autonomia coletiva. O princípio da boa-fé, que é um princípio geral do Direito, rege tanto a relação individual quanto o coletivo. Neste contexto, será o primeiro princípio a ser analisado.

O princípio da boa-fé significa queas partes envolvidas na relação devem pautar suas atitudes com base na honestidadee que a ma-fé necessita ser provada, nas palavras de Martins:

> [...] presume-se a boa-fé. A má-fé deve ser provada. [...] todo e qualquer contrato deve ter por base a boa-fé. O empregado deve cumprir sua parte no contrato de trabalho, desempenhando normalmente suas atividades, enquanto o empregador também deve cumprir com suas obrigações, daí se falar numa lealdade recíproca (MARTINS, 2015, p.70)

Esse é um princípio geral do Direito, ou seja, não se aplica exclusivamente ao Direito do trabalho. Ele encontra-se de forma expressa no artigo 422 doCódigo Civil de 2002.

O princípio da proteção, conforme Barros, é:

> Consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor

> do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente (BARROS, 2016, p.122)

Este princípio tenta estabelecer uma igualdade substancial entre o empregador e o empregado, estabelecendo, dessa forma, certos “benefícios” ao empregado para buscar reequilibrar a relação entre o empregado e o empregador. Assim, busca-se através do princípio da proteção, juntamente com suas espécies, um equilíbrio na relação entre o empregador e o empregado.

A primeira espécie do princípio da proteção é a prevalência da condição mais benéfica ao trabalhador. Segundo Cassar (2016, p.171), “Todo tratamento favorável ao trabalhador, concedido tacitamente e de modo habitual, prevalece, não podendo ser suprimido, porque incorporado ao patrimônio do trabalhador, como cláusula contratual tacitamente ajustada”.

Ainda segundo Cassar, é preciso observar alguns requisitos para se aplicar esse princípio: que seja uma condição mais favorável que a anterior, seja fornecida com habitualidade, de concessão voluntária e incondicional e, por último, que não exista impedimento legal.

A segunda espécie é o princípio da norma mais favorável. Conforme Barros (2016, p.123), “o fundamento do princípio da norma mais favorável é a existência de duas ou mais normas, cuja preferência na aplicação é objeto de polêmica. Esse princípio autoriza a aplicação da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia”. Ou seja, será utilizada a norma mais benéfica ao empregado em caso de choque. A doutrina majoritária concorda que deve ser utilizada a teoria do conglobamento. Esta informa que “se prefere a norma mais favorável, após o confronto em blocos de normas objeto de comparação” (BARROS, 2016, p.123).

A última espécie é o princípio do *in dubio promisero.* Neste princípio entende-se que existindo duas ou mais interpretações para a mesma norma, deve ser utilizada a que melhor beneficie o trabalhador. Conforme Cassar:

> Este princípio, corolário do princípio da proteção ao trabalhador, recomenda que o intérprete deve optar, quando estiver diante de uma norma que comporte mais de uma interpretação razoável e distinta, por aquela que seja mais favorável ao trabalhador, já que este é a parte mais fraca da relação (CASSAR, 2016).

O princípio da proteção, por fim, é entendido com base nestas três espécies: princípio da condição mais benéfica, princípio da norma mais favorável ao

empregado e *in dubiopro misero*. Tentando diminuir, desta forma, o patamar de desigualdade da relação trabalhista.

O princípio da primazia da realidade informa que os fatos prevalecem sobre a forma. Ou seja, é levado em consideração aquilo que realmente acontece na relação trabalhista e não o que foi estabelecido contratualmente. Nas palavras de Cairo Jr.:

> O contrato de trabalho é classificado como contrato-realidade. Primeiro, porque ele é consensual, pois a sua eficácia não depende de qualquer formalidade, bastando apenas o consentimento das partes. Segundo, porque a solenidade só é exigida quando o contrato de trabalho for especial e assim dispuser a lei que o regulamenta. Dessas circunstâncias deriva o princípio da primazia da realidade, no sentido de prevalecer a realidade dos fatos em detrimento do que ficou registrado nos instrumentos formais de sua constituição (CAIRO JR., 2017, p.106-107).

Conforme doutrina de Cassar (2016, p.190), princípio da intangibilidade é a proteção dada pela Constituição Federal e CLT para descontos salariais não previstos em lei. Ou seja, para que haja algum desconto no salário, este deve ser autorizado por lei, como por exemplo o desconto para pagamento de pensão alimentícia.

O princípio da indisponibilidade de direitos, segundo Martinez (2016, p.175-176), “baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual não é dado ao empregado dispor (renunciar ou transacionar) de direito trabalhista, sendo, por conta disso, nulo qualquer ato jurídico praticado contra essa disposição”. Esta é mais uma norma-princípio protetivo que, ainda segundo o autor, “visa proteger o trabalhador das suas próprias fraquezas”.

Equivalência entre os negociantes é um princípio ligado ao direito coletivo do trabalho. Segundo Delgado:

> [...] os sujeitos do Direito Coletivo têm a mesma natureza, são todos seres coletivos. Há, como visto, o empregador que, isoladamente, já é um ser coletivo, por seu próprio caráter, independentemente de se agrupar em alguma associação sindical. [...]No que tange aos trabalhadores, sua face coletiva institucionalizada surge mediante seus entes associativos; no caso brasileiro, os sindicatos (DELGADO, 2017, p.1489).

Se os entes negociantes têm idêntica natureza logo não podem ser tratados de forma diferente. Então, nesse caso, não é utilizada a ampla proteção dada ao trabalhador tratado de forma individual.

O sindicato, estando legitimado a negociar, pode, em nome coletivo, transigir direitos em nome coletivo. Ou seja, a decisão tomada poderá abranger, de forma

democrática, todos os empregados daquela categoria. Isso que informa o princípio da preponderância do Interesse Coletivo sobre o Individual. Segundo Cassar (2016, p.1230-1231), “A negociação, desde que legitimada, tem autonomia para propor mudanças, fazer reivindicações, concessões e, por exceção, permitir a redução de direitos”. Com isso, se pode dizer que o direito coletivo não se preocupa apenas com um indivíduo e sim com a coletividade, no entendimento da Autora.

Já o princípio da autonomia coletiva informa que os entes coletivos têm possibilidade para auto regulamentar-se. Ou seja, nas palavras de Cassar:

> O direito positivo não é de responsabilidade exclusiva do Estado, competindo também aos agentes sociais contribuírem com a construção de normas jurídicas de caráter coletivo, de observância obrigatória no território, como as leis, preenchendo as lacunas legais e melhorando a condição social do trabalhador (CASSAR, 2016, p.1231).

Com isso, os entes coletivos podem, através do poder de negociação, definir algumas regras a serem por eles seguidas. Tornando, desta forma, o Direito do Trabalho mais flexível e dinâmico.

4. Reforma Trabalhista: preponderância do negociado sobre o legislado

A negociação trabalhista é o acordo de vontade entre o empregado e o empregador. Ela pode ocorrer tanto de forma individual como de forma coletiva. Este, outrossim, pode ser um acordo coletivo ou uma convenção coletiva. O que difere, além da amplitude, o acordo coletivo da convenção coletiva são os entes envolvidos. Enquanto o acordo coletivo é realizado entre a empresa e o sindicato obreiro, a convenção coletiva é realizada entre sindicatos, tanto obreiro como dos empregadores. O legislado, de modo diferente, é o Estado impondo sua vontade que deve ser seguida pela sociedade e, por evidente, pelos indivíduos da ralação trabalhista. Em regra, estas normas, provenientes do Estado, são cogentes e visam a proteção do empregado sobre o empregador.

No entanto, a reforma trabalhista, do ano corrente, buscou flexibilizar alguns direitos trabalhistas que outrora não eram permitidos pela própria legislação. Ou, se permitidos, teriam que ser apenas por negociação coletiva e não individual. Com isso, a reforma permitiu que alguns direitos, que só poderiam ser negociados de forma coletiva, fossem negociados de forma individual e outros direitos, que antigamente eram inegociáveis, pudessem ser negociados coletivamente. Em

alguns casos a reforma vai além, possibilitando que o negociado prevaleça sobre o legislado. Será analisada as principais mudanças na seara da negociação trabalhista tanto individual quanto coletiva.

A primeira mudança é com relação ao banco de horas ou acordo de compensação. Anteriormente o banco de horas só poderia ser instituído com acordo ou convenção coletiva, e esse banco de horas não poderia ultrapassar o período máximo de um ano. Conforme Garcia, a reforma instituiu mais duas modalidades de banco de horas além da anual: a mensal e a semestral.

> Banco de horas mensal (compensação no mesmo mês), o qual pode ser pactuado por meio de acordo individual, tácito ou escrito (bem como, naturalmente, por meio de acordo coletivo e de convenção coletiva de trabalho); banco de horas semestral (compensação no período máximo de seis meses), o qual pode ser pactuado por meio de acordo individual escrito (bem como, evidentemente, por meio de acordo coletivo e de convenção coletiva de trabalho (GARCIA, 2017, p.78)

Ainda segundo Garcia citando a Constituição Federal, o inciso XIII do artigo 7° informa que esse tipo de compensação deve ser realizado mediante negociação coletiva.

Algo similar ocorreu com as jornadas 12x36. Anteriormente era possível estabelecer esta jornada quando a lei permitisse ou por negociação coletiva. Após a reforma, conforme o artigo 59-A da Lei n° 13.467/2017, abriu-se a possibilidade das partes, mediante acordo individual escrito ou negociação coletiva, estabelecerem o turno 12x36 independente do trabalho exercido. Essa jornada também fere o inciso XIII do artigo 7°, pois ultrapassa em quatro horas o número máximo de labor permitido sem a devida negociação coletiva.

Em outubro do ano corrente, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) realizou a segunda Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. O maior objetivo foi discutir sobre a Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) e, dessa jornada, gerou-se enunciados que refletiram o pensamento da maioria dos magistrados.

Com relação à negociação individual para banco de horas a segunda jornada decidiu que:

> BANCO DE HORAS. BANCO DE HORAS POR ACORDO INDIVIDUAL. A COMPENSAÇÃO DE HORÁRIOS REQUER INTERVENÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA, INDEPENDENTEMENTE DO SEU PRAZO DE DURAÇÃO, CONFORME ARTIGO 7º, XIII, CF, QUE AUTORIZA A COMPENSAÇÃO

> APENAS MEDIANTE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO (ANAMATRA, 2017).

Ou seja, é obrigatório a intervenção do entre representativo dos empregados para que seja instituído o banco de horas. Não será válido a criação de banco de horas por acordo individual.

No mesmo sentido foi com relação à jornada 12x36:

> JORNADA 12X36. 1. TRATANDO-SE DE REGIME DE COMPENSAÇÃO DE JORNADA, É ESSENCIAL PARA A SUA VALIDADE A PREVISÃO EM ACORDO COLETIVO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO, NOS TERMOS DO ARTIGO 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INCLUSIVE EM RELAÇÃO AO COMERCIÁRIO, EM RAZÃO DE LEI ESPECIAL (LEI 12.790/2013). 2. ARTIGO 60, PARÁGRAFO ÚNICO DA CLT. DISPENSA DE LICENÇA PRÉVIA PARA A REALIZAÇÃO DE JORNADA 12X36. MATÉRIA DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE POR INFRAÇÃO AO ARTIGO 7º, XXII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ANAMATRA, 2017).

Logo, a indicação é que continua o mesmo entendimento: que é necessário a negociação coletiva para estipulação da jornada, exceto quando a própria lei, que regulamenta a profissão, prevê.

Ocorreu, outrossim, uma mudança na forma de gozar às férias. Estas, antigamente, conforme o artigo 134, parágrafo 1° da CLT, só poderiam ser divididas em duas parcelas em casos excepcionais e uma parcela com no mínimo dez dias corridos. Ainda existia o limite do parágrafo 2° do mesmo artigo em que menores de dezoito anos e maiores de cinquenta anos não poderiam ter as férias parceladas. Entretanto, isso mudou. A Reforma permite que com a concordância, ou seja, um acordo com o empregado, o empregador possa parcelar as férias daquele em até três períodos sendo que um deles não pode ser inferior a quatorze dias corridos e os outros também não podem ser inferiores a 5 dias corridos de acordo com o novo parágrafo primeiro do artigo 134 da Lei nº 13.467/2017.

A reforma trabalhista também acrescentou um parágrafo único no artigo 444 da CLT. Nesse parágrafo é dado uma ampla autonomia ao empregado que tenha nível superior e perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Essa autonomia, segundo o parágrafo, tem a mesma força legal e pode chegar a prevalecer sobre os

instrumentos coletivos da categoria. Além disso, o artigo 507-A da Reforma estabeleceu que, por iniciativa desse empregado ou por sua concordância expressa, pode ser pactuada a cláusula compromissória de arbitragem.

A negociação coletiva teve uma mudança expressiva com a reforma. O artigo 611-A da Lei nº 13.467/2017 traz, expressamente e de forma não taxativa, os casos em que a negociação coletiva terá prevalência sobre a lei. São eles:

> I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual; III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;VI - regulamento empresarial; VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;X - modalidade de registro de jornada de trabalho; XI - troca do dia de feriado; XII - enquadramento do grau de insalubridade; XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

O que se buscou foi a restrição do poder interpretativo da Justiça do Trabalho conforme salienta Garcia:

> O art.611-A da CLT, assim, prevê a prevalência da convenção coletiva e do acordo coletivo de trabalho em face da lei quanto às matérias arroladas de modo não exaustivo em seus incisos. Entretanto, a interpretação jurídica não pode ser feita de modo apenas literal e isolado, mas deve considerar as demais normas envolvidas, realizando-se também de forma sistemática e teleológica (GARCIA, 2017, p.231).

A vontade do legislador fica ainda mais evidente pelo exame do parágrafo 1º desse artigo: “No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no parágrafo 3º do artigo8º desta Consolidação”. Sendo que o parágrafo 3º do artigo 8º informa que:

> No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Ou seja, o magistrado terá uma pequena margem de interpretação, limitando-se a análise dos elementos essenciais do negócio jurídico. No mesmo sentido, este artigo vai de encontro com o princípio da proteção, mais especificamente o princípio da norma mais benéfica ao empregado. Se o magistrado ficará restrito ao julgar,

devendo levar em consideração apenas o que foi negociado naqueles casos, fica claro que o princípio da norma mais benéfica ficará prejudicado. Conforme Garcia:

> O princípio determina a prevalência das condições mais vantajosas para o trabalhador, ajustadas no contrato de trabalho ou resultantes do regulamento de empresa, ainda que vigore ou sobrevenha norma jurídica imperativa prescrevendo menor nível de proteção e que com esta não sejam elas incompatíveis (GARCIA *Apud*SÜSSEKIND, p. 236, 2017).

Outrossim, não obstante a sabida força normativa das negociações coletiva, o fato dela ser superior a lei pode gerar violação ao princípio da legalidade, nas palavras de Garcia:

> É possível dizer que a previsão em destaque pode gerar a violação do princípio fundamental da legalidade, inerente ao Estado (Democrático) de Direito, quando a convenção coletiva e o acordo coletivo afrontem normas legais imperativas, eliminando ou reduzindo direitos trabalhistas de ordem pública (GARCIA, 2017, p.228).

O autor ainda informa que: “A hierarquia *supralegal* no ordenamento jurídico, na realidade é reconhecida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Brasil sem os requisitos formais previstos no art. 5° da Constituição da República”. Isso porque, o que este artigo tende a criar é mais um tipo de norma *supralegal*. O que, em regra, não é permitido.

Além disso, conforme a Constituição Federal no artigo 7º (incisos VI, XIII e XIV)somente em casos excepcionais é permitida a flexibilização de direitos mediante negociação coletiva: redução do salário, compensação de horário, redução da jornada de trabalho e turno ininterrupto de revezamento. E, nesses casos, segundo Garcia, não deve ser apenas a renúncia, e sim a transação de direitos. Ou seja: “Por se tratar, no caso, de medida com natureza transacional, normalmente há concessões recíprocas, não se admitindo, em tese, a completa renúncia de direitos trabalhistas, nem mesmo por meio de negociação coletiva” Garcia (p.236, 2017).

Em sentido diverso, a reforma no parágrafo segundo do artigo 611-A informa que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico. Percebe-se claramente que, com a reforma, a transação pode virar apenas renúncia de direitos.

O artigo 611-B, da Lei da Reforma, dispõe, de forma taxativa, o que não será objeto de pactuação por meio de negociação coletiva:

> 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.

Garcia (2017, p.283)informa que, por ser direitos extraídos da Constituição Federal e de normas cogentes, estes direitos já não poderiam ser negociados. E que, apesar da taxatividade do artigo, outros direitos que não estejam listados no artigo e que porventura venham a ser restringidos poderão, também, ser considerados como objeto ilícito.

Em sentido semelhante, a ANAMATRA se posicionou com relação ao negociado prevalecendo sobre o legislado, na segunda Jornada, gerando o seguinte Enunciado:

> ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA I - NEGOCIAÇÃO COLETIVA. LIMITES. ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA. AS REGRAS AUTÔNOMAS COLETIVAS PODEM PREVALECER SOBRE O PADRÃO GERAL HETERÔNOMO TRABALHISTA, DESDE QUE IMPLEMENTEM PADRÃO SETORIAL DE DIREITOS SUPERIOR AO PADRÃO GERAL HETERÔNOMO, OU QUANDO TRANSACIONAM SETORIALMENTE PARCELAS E DIREITOS TRABALHISTAS DE INDISPONIBILIDADE APENAS RELATIVA, RESPEITADAS AS NORMAS DE INDISPONIBILIDADE ABSOLUTA. II - A "ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA" NÃO AUTORIZA A SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DE DIREITOS "TOUT COURT", CABENDO ÀS PARTES, NOS TERMOS DO ARTIGO 611-A DA CLT, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 13.467/2017, JUSTIFICAR A EXCEPCIONALIDADE DA ADEQUAÇÃO E SUA TRANSITORIEDADE, BEM COMO DEFINIR AS CONTRAPARTIDAS, COM RAZOABILIDADE E DE BOA-FÉ, SENDO INCONSTITUCIONAL O DISPOSTO NO PARÁGRAFO 2º DO ART. 611-A DA CLT (ANAMATRA, 2017).

Logo, a ANAMATRA indica que seja observada a interpretação anterior à reforma, que o negociado irá prevalecer sobre o legislado quando ampliar o rol de direitos dos empregados ou quando for transacionado direitos de indisponibilidade apenas relativa.

Por evidente que é amplamente benéfico e deve ser incentivada as negociações trabalhista tendentes a aumentar direitos trabalhistas, como, por exemplo, o pagamento de mais de 50% da hora extra sobre a hora normal. Isso seria considerado algo benéfico para o trabalhador causando, dessa forma, um progresso social

Levando-se em consideração esses aspectos, a reforma trabalhista aumentou a autonomia da vontade ao considerar que, em alguns casos, o negociado irá prevalecer sobre o legislado. Entretanto, como foi demonstrado, tal reforma pode limitar a interpretação da Justiça do Trabalho e mitigar o princípio da proteção gerando possíveis impactos na relação trabalhista.

5. Possíveis impactos da negociação trabalhista: evolução trabalhista ou precarização do trabalho?

Levando em consideração o que foi explanado no tópico anterior, pode-se dizer que a reforma ampliou de forma significativa a autonomia da vontade. No mesmo sentido, essa negociação, proveniente de tal autonomia, poderá gerar impactos na relação trabalhista. Neste item será analisado os pontos mais

importantes da reforma considerando os possíveis impactos da negociação trabalhista.

Segundo Trindade e Lopes, a reforma trabalhista busca enfraquecer o ente representativo dos trabalhadores e a supressão dos seus direitos, promovendo, desta forma, um retrocesso social.

> A prevalência do negociado sobre o legislado, conforme disposta no texto do projeto de reforma trabalhista aprovado pela Câmara de Deputados, com o propósito escancarado de suprimir direitos da classe trabalhadora, sem qualquer tipo de salvaguarda que permita aos trabalhadores resistirem contra as investidas do patronato, é francamente inconstitucional, pois contraria os objetivos da República brasileira e promove o retrocesso social, e constitui, a rigor, um desprestígio à negociação coletiva entre empregados e empregadores, e aos acordos e às convenções coletivas de trabalho (TRINDADE, LOPES, 2017).

Pode ser observado que a reforma ao mesmo tempo que amplia a autonomia negocial dos entes na relação trabalhista enfraqueceo ente representativo dos empregados. A Lei nº 13.467/2017 cria uma classe de representantes dentro da empresa, retira o caráter compulsório da contribuição sindical e aumenta as possibilidades de acordos individuais – sem a participação do sindicato. Além disso, não remove o princípio unicidade sindical, contrariando, dessa forma, normas da Organização Internacional do Trabalho.

O professor Souto Maior chega a afirmar que:

> O propósito de deixar os trabalhadores ao completo arbítrio de seus empregadores, instituindo o negociado sobre o legislado, em uma realidade de sindicatos sem subsídios para o próprio sustento, formados por trabalhadores pulverizados pela terceirização e sem garantia de emprego... (SOUTO MAIOR, p.9, 2017)

Com relação ao banco de horas e as jornadas de 12x36, permitir que o empregado de forma individual possa negociar diretamente com o empregador pode prejudicar de forma significativa sua saúde, como afirma Garcia (p.79, 2017): “Efetivamente, o labor por 12 (doze) horas pode gerar nítido esgotamento físico e mental ao empregado, tornando mais frequentes os adoecimentos ocupacionais e os acidentes do trabalho”.

No mesmo sentido, afirma Souto Maior:

> A jornada máxima de oito horas é conquista secular dos trabalhadores, reconhecida, inclusive na Convenção n. 01 da OIT, de 1919, como uma necessidade social, tanto para quem trabalha, quanto para os empregadores, sob pena de transformar quem trabalha em força de trabalho que se esgota em poucos anos, impedindo esses trabalhadores de qualquer possibilidade de interação social, inclusive de consumo. É o

> retorno à lógica da escravidão porque as pessoas assim contratadas não farão nada além de trabalhar (serão como zumbis) e receberão o mínimo suficiente para pagar as contas (SOUTO MAIOR, p.19, 2017).

Em relação ao empregado ter a disponibilidade de direito trabalhista pelo simples fato de possuir diploma de nível superior e perceber salário mensal igual ou superior que duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, informa Cassar (2017): “O valor do salário do empregado não exclui a relação de emprego e não diminui a subordinação do empregado ao patrão. O estado de vulnerabilidade permanece independentemente do valor auferido”.

Além disso, permitir que a jornada de trabalho, o banco de horas anual, o intervalo intrajornada, o registro de jornada de trabalho, o enquadramento do grau de insalubridade e a prorrogação de jornada nesses ambientes pode gerar prejuízos enormes ao empregado. Com relação ao grau de insalubridade assevera Garcia:

> A rigor, essa previsão não se mostra adequada, por se tratar de questão de ordem pública, a ser disciplinada pelas normas de segurança e medicina do trabalho, em consonância com a o art. 7°, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, defende-se que nem mesmo a negociação coletiva de trabalho pode estabelecer grau de insalubridade inferior ao existente na realidade dos fatos, ou seja, de forma prejudicial ao empregado (GARCIA, p.268, 2017).

Seguindo raciocínio semelhante, a segunda jornada da ANAMATRA gerou entendimento sobre a possibilidade de negociar o grau de insalubridade que o empregado está exposto:

> 32 NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO: GRAUS DE INSALUBRIDADE. INSTITUCIONALIDADES, INCONVENCIONALIDADES, RETROCESSO SOCIAL
> AS DISPOSIÇÕES DOS INCISOS XII E XIII DO ART. 611-A DA CLT (POSSIBILIDADE DE ENQUADRAMENTO DE TRABALHADORES EM GRAUS DE INSALUBRIDADE E DE PRORROGAÇÃO DE JORNADA EM AMBIENTES INSALUBRES POR MEIO DE ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO) PERFAZEM RETROCESSO SOCIAL, COM PREJUÍZOS À VIDA DIGNA E À SAÚDE DO TRABALHADOR, SENDO INCOMPATÍVEIS COM OS ARTIGOS 3º, I E IV, 5º, XXIII, 6º, 7º, XXII, 170, III, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, COM O ART. 11, A, DA CONVENÇÃO 155 DA OIT, COM O ART. 611-B, XVII, DA CLT, E, NO CAMPO PROCESSUAL/DECISÓRIO, COM OS ARTIGOS 1º, 8º E 489, § 2º, DO CPC.

E, também, sua impossibilidade de redução:

> 33 ENQUADRAMENTO DO GRAU DE INSALUBRIDADE: IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO
> CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE, E SENDO A SAÚDE UM DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, E CONSIDERANDO AINDA A ILICITUDE DA SUPRESSÃO OU REDUÇÃO DOS DIREITOS PROVENIENTES DE NORMAS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA NO TRABALHO, PREVALECERÁ O ACORDADO SOBRE O

> LEGISLADO SEMPRE QUE SE TRATAR DE PAGAMENTO DE PERCENTUAL SUPERIOR ÀQUELE DETERMINADO NA NR-15, NÃO SENDO POSSÍVEL A REDUÇÃO DO REFERIDO ADICIONAL.

Entendimentoestemais do que correto. A insalubridade decorre de uma exposição a um ambiente que prejudica a saúde do obreiro. O ideal seria que não existisse ambientes de trabalho insalubres, contudo, quando não pode ser evitado, nada mais justo que o trabalhador receba a contraprestação por isso.

Nas palavras de Alencar (2017), ““precarizar” significa reduzir, diminuir, tornar escasso e quando associado a expressão trabalho, quer dizer “diminuir direitos e garantias dos trabalhadores””. Ou seja, na busca de aumentar o lucro a empresas diminuem os custos com o trabalhador interferindo diretamente nas condições de trabalho. Como o mercado de trabalho atual brasileiro se encontra em crise e o número de desemprego é alto, cria-se um ciclo vicioso, pois quanto maior o número de desempregados menor será essas condições, como por exemplo: salário menor, jornada de trabalho excessiva, ausência de preocupação com a saúde do trabalhador...

A desregulamentação realizada pela reforma trabalhista poderá gerar uma precarização ou perda na qualidade do emprego no Brasil. Nessa nova perspectiva o trabalhador passa a ser tratado como mercadoria, o que não é condizente com a Constituição Federal de 1988 que prega a valorização do trabalho como fundamento da sociedade brasileira.

Souto Maior revela o impacto que a reforma poderá gerar se aplicado na sua íntegra:

> O aumento do sofrimento nas relações de trabalho: diante da majoração do poder econômico sobre o trabalho e do elevado estágio de submissão dos trabalhadores, desprovidos de direitos e de instituições que visualizem os seus interesses, projeta-se um considerável aumento do sofrimento nas relações de trabalho, notadamente no que se refere ao assédio moral, aos adoecimentos e aos acidentes do trabalho. A prática aumento o mal-estar na sociedade como um todo (SOUTO MAIOR, 2017)

Com isso, fica claro que no atual cenário a negociação trabalhista é mais propício a causar uma precarização do trabalho que uma evolução.Neste contexto, cabe a Justiça do Trabalho buscar meios de melhor interpretar a norma proveniente da negociação trabalhista.

Considerações Finais

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise de como a Reforma trabalhista poderá ser utilizada como forma de violação de Direitos do trabalhador. A desregulamentação ocorrida poderá gerar a precarização do trabalho prejudicando a sociedade como um todo. Através desse artigo, tentou-se demonstrar as mudanças que ocorreram com relação ao Direito material em alguns aspectos da negociação trabalhista. Além disso, foi demonstrado possíveis impactos que poderá gerar na ralação trabalhista.

A Reforma trabalhista busca privilegiar o negociado em detrimento do legislado dando grande autonomia aos entes coletivos da relação trabalhista, como por exemplo: negociar sobre enquadramento do grau de insalubridade e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho. Sendo que nesses casos o que for negociado sempre prevalecerá sobre o legislado.

Além disso, permitiu que o trabalhador, individualmente, ou seja, sem a força coletiva, possa negociar diretamente com o empregador. E, em alguns casos, com empregados que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, essa negociação terá força de lei prevalecendo até sobre os instrumentos coletivos da categoria. Enfraquecendo, dessa forma, mais ainda o empregado frente ao empregador. O empregado, entre outros direitos, poderá negociar diretamente com o empregador o banco de horas, turnos de revezamento 12x36 e o parcelamento das férias.

Essa predominância e valorização do princípio da autonomia coletiva poderá gerar uma desvalorização do trabalho aumentando de forma significativa o trabalho informal causando, assim, um enorme retrocesso social. Antes de aumentar a autonomia coletiva deveria primeiro valorizar o ente representativo dos trabalhadores. O que não foi realizado. Pelo contrário, a reforma retirou o caráter compulsório da contribuição sindical afetando, assim, a manutenção financeira do sindicato.

Enfraquece, outrossim, a Justiça do Trabalho, que segundo a Lei nº 13.467/2017, tem como possibilidade apenas a análise dos requisitos de validade do

negócio jurídico no momento do exercício da jurisdição. Limitando, dessa forma, o poder jurisdicional da Justiça do Trabalho e mais uma vez tendendo a violação de Direitos.

Pode-se observar que a Justiça do Trabalho tem deve utilizar de meios hermenêuticos para deixar de aplicar a reforma trabalhista nos tópicos que vão de encontro com a Constituição Federal de 1988 e princípios do Direito do Trabalho.

O Direito doTrabalho tem como principal finalidade proteger o trabalhador contra ele mesmo. Pois, entre morrer de fome e trabalhar por um prato de comida, acredito que todos trabalhariam para apenas comer.

Recentemente, ainda quando a reforma trabalhista estava em discussão, uma mulher ofereceu moradia em troca de serviço de babá e ajuda doméstica. Ou seja, a pessoa trabalharia em troca da divisão do aluguel. A Justiça do Trabalho serve para evitar esse tipo de abuso.

Os obreiros, na sociedade brasileira, mesmo com representação, não igualam o poder do capital. Pois, nessa desleal disputa, o capital sempre sairá vitorioso.

Em vista dos argumentos apresentados, é necessário o fortalecimento Justiça do Trabalho, pois ela é a última instituição que tem o poder de mitigar essa violação de direitos e nivelar a desleal disputa entre obreiro e o empregador fazendo com que sejam respeitados os Direitos seculares adquiridos pela sociedade evitando, dessa forma, a precarização do trabalho e o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Marcos. QUAL O SIGNIFICADO DA PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO? Disponível em: <http://www.trabalhismoemdebate.com.br/2017/04/qual-o-significado-da-precarizacao-do-trabalho/>. Acesso em: 27 nov.2017.

ANAMATRA. Enunciados aprovados na 2º jornada. Disponível em: < http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acessado em: 6 nov.2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1998

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed., atualizada por Jessé Claudio Franco de Alencar. São Paulo: LTr, 2016.

CAIRO JR., José **Curso de direito do trabalho** / José Cairo Jr. - 13. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Ltr, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**. 2. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017.

GASPAR, Danilo Gonçalves. A CRISE DA SUBORDINAÇÃO JURÍDICA CLÁSSICA ENQUANTOELEMENTO DEFINIDOR DA RELAÇÃO DE EMPREGO E A PROPOSTA DA SUBORDINAÇÃO POTENCIAL. Disponível em: < https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/12378/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado%20-%20A%20Crise%20da%20Subordina%C3%A7%C3%A3o%20Jur%C3%ADdica%20Enquanto%20Elemento%20Definidor%20da%20Rela%C3%A7%C3%A3o_0.pdf>. Acesso em: 6 nov.2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho** : relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho / 7. ed. — São Paulo : Saraiva, 2016.

RESENDE, Ricardo. Direito do trabalho esquematizado. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TRINDADE, Pedro MahinAraujo; LOPES, João Gabriel Pimentel. Reforma trabalhista, prevalência do negociado sobre o legislado e retrocesso social. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260869,91041-Reforma+trabalhista+prevalencia+do+negociado+sobre+o+legislado+e>. Acesso em: 5 nov.2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Análise do Projeto de Reforma Trabalhista. Disponível em: <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>. Acesso em: 5 nov.2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Impactos do golpe trabalhista (a Lei n. 13.467/17). Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/Impactos_do_golpe_trabalhista.pdf>. Acesso em: 6 nov.2017.