

32. O NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO E A INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

ESSENTIAL CORE OF THE FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT TO WORK AND THE INTERVENTION IN COLLECTIVE PRIVATE AUTONOMY

Shayna Akel Militão¹
Cláudia Toledo²

Resumo

O presente artigo trata de recorte de tema de dissertação de mestrado e tem o propósito de apresentar o contexto no qual se inserem as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, Reforma Trabalhista, em específico, no que trata do princípio da autonomia privada coletiva. Dentre as alterações, restou positivada a prevalência do negociado sobre o legislado, limitando-se, ainda, a atuação do Judiciário à intervenção mínima no princípio da autonomia privada coletiva. Partindo do estudo do processo de constitucionalização, da tese de Virgílio Afonso da Silva relativa à eficácia normativa das normas constitucionais; de análise das teorias de eficácia das normas constitucionais nas relações privadas, na qual o modelo de três níveis de Robert Alexy se mostra mais adequado; e, ainda, da defesa do direito fundamental social ao trabalho como direito subjetivo, aponta-se a importância da atuação judicial a fim de evitar a redução do direito fundamental social ao trabalho para além do núcleo essencial e, assim afetar a ordem social estabelecida na Constituição e a garantia da dignidade humana.

Palavras – Chave: Direito Fundamental Social ao Trabalho; Reforma Trabalhista; Princípio da Autonomia Privada Coletiva

Abstract

This article deals approaches a dissertation issue, and its purpose is to present the context in which the changes brought by Law 13.467/2017, Labor Reform, specifically, in what concerns the principle of collective private autonomy. Among the changes, was turned into legal text the prevalence of the negotiated on the legislated, being limited, also, the action of the Judiciary to the minimal intervention to the principle of the collective private autonomy. Based on the study of the Constitutionalisation process, Virgílio Afonso da Silva's thesis on the normative effectiveness of Constitutional norms, the analysis of the theories of efficacy of constitutional norms in private relations, in which Robert Alexy's 3-level model is more appropriate and the defense of the Fundamental Social Rights as Subjective Rights, it is pointed out the importance of judicial action in order to avoid the reduction of labor rights beyond the essential core and, thus, affect the social order established in the Constitution and the guarantee of the human dignity.

Key Words: *Fundamental Social Right to Work; Labor Reform; Principle of Collective Private Autonomy*

¹ Mestranda em Direito e Inovação - UFJF

² Professora Associada da Faculdade de Direito – UFJF

Introdução

Em novembro de 2017, entrou em vigor a Lei 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista. Referida Lei trouxe muitas alterações legais, tanto quantitativa, quanto qualitativamente, uma vez que alterou grande número de dispositivos legais e mudou, e em alguns casos extinguiu, a proteção dispensada aos trabalhadores.

Dentre tais alterações, a positivação da prevalência do negociado sobre o legislado se mostra uma das mais marcantes, tendo em vista que o art. 611-A elencou rol extensivo de direitos nos quais a norma negociada prevalecerá sobre a previsão legal.

Ainda, a nova legislação determinou que, na análise das normas negociadas, o Judiciário se atentará somente aos critérios de validade do negócio jurídico previstos no Código Civil, respeitando a intervenção mínima no princípio da autonomia privada coletiva.

Esta previsão, numa leitura superficial, pode acarretar a restrição da interferência do Judiciário nas relações trabalhistas e, conseqüentemente, a proteção insuficiente de direitos dos trabalhadores.

Baseando-se na tese de Robert Alexy, cujo representante nacional é Virgílio Afonso da Silva, acerca da eficácia normativa das normas constitucionais, entende-se que as normas que estipulam direitos fundamentais trabalhistas possuem eficácia normativa.

Partindo desta ideia, defende-se que tal eficácia ocorre também quando se trata de direito fundamental social nas relações privadas, trata-se do efeito horizontal dos direitos fundamentais. Assim, são analisadas as principais teorias sobre o modo como estas normas produzem efeitos sobre os particulares, para então defender o direito fundamental social ao trabalho como direito subjetivo, de modo que consiste em direito a prestações positivas, exigíveis também perante particulares.

Em seguida, são analisadas as mudanças na CLT sobre a negociação coletiva, em que há a valorização do exercício do princípio da autonomia privada.

O artigo tem, por fim, como objetivo geral a demonstração de que a previsão legal que limita o controle judicial ao princípio da autonomia privada não impede a eficácia das normas constitucionais. Estas, produzem efeitos sobre as relações entre empregador e empregado, exigindo que as restrições cumpram, portanto, os critérios da proporcionalidade, sob pena de serem invalidadas.

Entende-se, portanto, que o exercício da autonomia privada coletiva não pode ter como consequência a afetação do núcleo essencial do direito fundamental social ao trabalho. O exercício da autonomia privada coletiva não pode afastar o controle judicial da decisão que afeta o núcleo essencial. Na verdade, a atuação do Judiciário se justifica pela exigência do princípio da inafastabilidade da jurisdição e, também, pela proteção do núcleo essencial do direito do trabalho envolvido.

1. Eficácia das Normas Constitucionais

Neste tópico remete-se ao trabalho de Virgílio Afonso da Silva, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, no qual o autor desconstrói a noção de que haveria a classificação das normas constitucionais a partir de graus de normatividade em *programática*, *de eficácia limitada* e *eficácia plena*.

Com o objetivo de conceituar o *núcleo essencial*³ dos direitos fundamentais, o autor parte da noção de que as normas de direito fundamentais possuem suporte fático amplo, de

³ Utiliza-se o termo *núcleo essencial*, ao invés do utilizado pelo autor – *conteúdo essencial* – devido ao primeiro atribuir maior precisão técnica acerca da essencialidade do conteúdo. O núcleo, portanto, é composto pelo conteúdo necessário à existência do direito.

modo que toda e qualquer ação ou posição jurídica que tenha relação com a proteção da norma de direito fundamental está abarcada pelo seu âmbito de proteção. Deste modo, a priori nenhuma atividade ou posição está excluída da proteção do direito fundamental (SILVA, 2006, p. 25)

Conclui-se, portanto, que *direitos fundamentais são restringíveis*, de modo que incumbe àquele que o restringe o ônus argumentativo de justificação. (SILVA, 2006, p. 25)

Uma importante conclusão a partir dessa premissa consiste na separação dos direitos fundamentais de seus limites. Assim, afastam-se as teorias que defendem o suporte fático restrito, uma vez que não há condutas ou situações jurídicas excluídas a priori do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Com a teoria do suporte fático amplo, a definição do que é a priori protegido é o primeiro passo, de modo que a decisão do que é protegido definitivamente depende de um processo de ponderação. Assim, tem-se, a partir da teoria do suporte fático amplo, a diferenciação do que é protegido *prima facie* daquilo que é protegido definitivamente.

Está claro que a extensão daquilo que é protegido *prima facie* é maior do que será garantido definitivamente. Isso implica na relação existente entre o direito e sua restrição. Observa-se que esta relação não implica que a restrição seja abarcada pelo conceito do direito. Essa relação é extrínseca.

Desse modo, exige-se que a restrição ao direito *prima facie* protegido seja fundamentada, alcançando-se o direito definitivamente garantido. Caso contrário, não ocorrerá a consequência jurídica da norma, o que normalmente implica a inconstitucionalidade da restrição e a consequente proteção do bem jurídico protegido.

No recorte efetuado por este trabalho, qual seja, o direito fundamental social ao trabalho na perspectiva da irradiação de efeitos das normas constitucionais nas relações privadas, cabe tecer uma crítica ao conceito de suporte fático amplo trazido por Virgílio Afonso da Silva.

No texto *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, o autor afirma que:

A definição [de suporte fático] sustentava que, para toda ação, estado ou posição jurídica x, que seja abarcada pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, e que tenha sofrido uma intervenção **estatal** não fundamentada constitucionalmente, deverá ocorrer a consequência jurídica desse direito atingido que, em geral, é a exigência da cessação da intervenção” (grifos acrescidos). (SILVA, 2006,p.35)

Partindo-se da noção de que direitos fundamentais sociais são direitos subjetivos – dotados, portanto, de justiciabilidade –, e, ainda, de que são exigíveis perante particulares – efeito horizontal dos direitos fundamentais –, entende-se que o conceito de suporte fático deveria considerar a possibilidade de que qualquer ação, estado ou posição jurídica possa ser restrita por um particular. Por isso, defende-se que o termo estatal não deveria compor o conceito de suporte fático, uma vez que restringe as possibilidades de intervenção a um direito fundamental.

A partir da noção de âmbito de proteção *prima facie* e de restrição, é possível concluir que o *núcleo essencial* do direito fundamental é relativo, devendo ser alcançado na análise do caso concreto.

Virgílio defende que a noção do conteúdo essencial relativo é necessária a fim de manter a coerência argumentativa (SILVA, 2006,p42), uma vez que suporte fático amplo, possibilidades de restrições a esses direitos, inevitabilidade da colisão entre princípios e técnica da ponderação para solução desta colisão, são todos elementos que constroem a noção de relatividade no *núcleo essencial*.

Assim, conclui-se que as restrições aos direitos fundamentais consideradas

proporcionais – que passaram na análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – não ferem o *núcleo essencial* dos direitos.

Tecidas as considerações acima, pode-se finalmente alcançar a conclusão acerca da normatividade das normas constitucionais.

Concluindo-se que o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais e a restrição a elas imputada são conceitos diferentes, ainda que complementares, e, que, portanto, as limitações a estas normas constitucionais ocorrem *externamente* ao seu âmbito de proteção, não é possível afirmar a existência de normas de eficácia plena, de eficácia contida e de eficácia limitada, conforme defendeu José Afonso da Silva.

Todas as normas constitucionais que têm conteúdo de direito fundamental são passíveis de sofrer restrição. A restrição não justificada, que não passa pelo teste da proporcionalidade, atinge o núcleo essencial do direito objeto da norma.

2. Teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais sobre as relações privadas

Tendo em vista a força vinculativa das normas constitucionais, é importante tecer algumas considerações acerca das diversas teorias existentes acerca do modo como estas normas incidem sobre as relações privadas. As principais teorias são a da *incidência direta*, da *incidência indireta*, da *imputação do Estado* (*state action* e a teoria de Shwabe) e a teoria integradora de Alexy.

2.1. Teoria mediata ou indireta

O modelo de efeitos indiretos é o mais comum, inclusive utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão no caso referência de irradiação de efeitos das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, o caso Lüth⁴. No caso, o presidente de uma associação de imprensa na Alemanha Erich Lüth, defendeu o boicote a filme do diretor Veit Harlan. Este, por sua vez, havia dirigido filmes de conteúdo anti-semita durante o regime nazista. O diretor ajuizou ação contra Lüth, requisitando indenização e o término do boicote. O caso foi decidido no Tribunal Constitucional, onde foi reconhecido que os dispositivos do Código Civil alemão deviam ser interpretados à luz dos Direitos fundamentais. A decisão, portanto, não se fundamentou na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Este modelo tem como premissa que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores que atuam como norte valorativo do ordenamento. Ainda, defende-se neste modelo que os direitos fundamentais atuam como cláusulas gerais, ou ainda, consistem em conceitos abertos que funcionam como portas de entrada dos valores constitucionais nas relações privadas.

As críticas ao modelo de eficácia indireta normalmente se voltam para refutar a ideia de direitos fundamentais como ordem objetiva de valores. Virgílio Afonso da Silva explica a crítica de Habermas a esse modelo no sentido de que haveria uma substituição do juízo deontológico (“dever ser”) para o juízo axiológico (“bom”). O uso de direitos fundamentais como valores ao invés de normas, implica na perda da imposição deveres claros aos destinatários. Valores são mais flexíveis e não são dotados de juridicidade. Direitos Fundamentais são previstos por normas jurídicas, dotadas, portanto, de juridicidade. O juízo deontológico, possui maior clareza quanto ao dever do destinatário, e segurança ao indivíduo, tendo em vista que atribui previsibilidade e quanto à conduta do terceiro e sua exigibilidade. (SILVA, 2008, p84)

Outra crítica apontada por Virgílio consiste na ideia de que não há cláusulas gerais suficientes para permitir a eficácia das normas de direitos fundamentais nas relações privadas,

⁴ BVerfGE 7, 198

de modo que sua proteção seria prejudicada, insuficiente. É possível imaginar que as cláusulas gerais existentes não serão capazes de prever cada situação na qual seja necessária a proteção de direitos fundamentais. Assim, a exigência de tais cláusulas para a produção de efeitos nas relações privadas apresenta fortes evidências de insuficiência. (SILVA, 2008.p85)

2.2. Teoria imediata ou direta

A teoria da aplicabilidade direta entende ser desnecessária intermediação legislativa para que os direitos fundamentais sejam aplicados às relações privadas. Assim, tais direitos são exigíveis perante os sujeitos privados da mesma forma como são exigidos do Estado.

Esta teoria tem como defensor de maior expoente Nipperdey, segundo o qual os direitos fundamentais produzem *efeitos absolutos*, dispensando *artimanhas interpretativas* (SILVA, 2008, p85)

Virgílio Afonso da Silva faz importante ressalva apontando a distinção entre *efeitos absolutos e direitos absolutos*. Com a tese dos *efeitos absolutos*, Nipperdey pretende fazer contraposição à a tese firmada pelo Tribunal Alemão no caso Lüth, dos efeitos irradiadores dos direitos fundamentais.(SILVA, 2008, p89) Ou seja, o autor contrapõe a necessidade de intervenção legislativa para a aplicação de direitos fundamentais às relações privadas.

O conceito de *direitos absolutos*, por sua vez, diz respeito a duas teorias principalmente, são elas: (i) direitos fundamentais são absolutos, porque são imutáveis no tempo – esta ideia se alinha à teoria jusnaturalista; (ii) direitos são absolutos porque são irrestringíveis. Entretanto, como já destacado acima, a noção de direitos fundamentais como absolutos pode intuitivamente gerar a impressão de maior proteção. Porém, partindo-se do pressuposto de direitos fundamentais como princípios, é impossível negar a possibilidade de colisão e sua necessária restrição. Assim, direitos absolutos não são coerentes com a ideia de princípios e proporcionalidade.

Por fim, cabe ressaltar as críticas voltadas a essa teoria no sentido de retirar a autonomia do Direito Privado e, conseqüentemente, um de seus pilares mais importantes: a autonomia privada. Sabe-se que o Direito Privado é fundado na proteção do indivíduo perante o Estado, garantindo ao primeiro o âmbito de poder de tomada de decisão, no qual pode, inclusive, afastar a incidência de direitos fundamentais.

A relação da autonomia privada com os demais direitos é ainda pouco esclarecida e explorada na doutrina. Uma vez que o indivíduo é dotado de autonomia, possui a capacidade de se autodeterminar, o que o permite renunciar a direitos fundamentais. Ainda é incipiente o estudo acerca da extensão do exercício da autonomia na renúncia de direitos permitida pelo Estado. No caso do direito do trabalho, por exemplo, diariamente negociações coletivas realizam transações de direitos fundamentais a partir do exercício da autonomia privada coletiva.

A aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas não pode, portanto, interferir no exercício da autonomia privada a ponto de eliminá-la. A análise, portanto, é de grau de interferência no direito à autonomia privada. Não há espaço, no entanto, neste trabalho, para estudos neste sentido.

2.3. Teorias estatais

Além dos modelos descritos acima, há duas teorias que, aparentemente, negam a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, mas o fazem equiparando as ações do particular às do Estado ou responsabilizando o Estado pelas ações do ente privado. Tais ideias foram desenvolvidas na Alemanha por Jürgen Schwabe, conforme desenvolvido em sua obra *Probleme der Grundrechtsdogmatik* (SILVA, 2008,p104) e nos EUA é chamada de “*State*

Action”.

A teoria da “*State Action*” consiste na incoerência entre a teoria e a prática dos tribunais. Enquanto, no campo teórico, mantém-se o paradigma liberal no sentido de negar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, valorizando a liberdade do indivíduo, a prática não sustenta tal postura. Nos tribunais norte-americanos, o que se vê é a construção artificial de saída através da equiparação da ação privada à ação estatal, para justificar a atuação judicial. (SILVA, 2008,p100)

A teoria de Schwabe, por sua vez, entende que as posturas dos particulares não são responsabilidade do Estado, nem sujeitas aos direitos fundamentais. Porém, os efeitos dessas atitudes são responsabilidade do Estado. Assim, segundo essa teoria, o controle judicial de imputação da responsabilidade do Estado sobre as ações privadas se dá em virtude dos efeitos dessas ações.

Para que a violação de um particular seja vinculada ao Estado, atribuindo a este a responsabilidade pela restrição ao direito fundamental, é preciso que haja omissão. Assim, quando um particular viola direito fundamental de outro e sobre a matéria em questão não há lei a respeito, o Estado será imputado. Porém, caso haja alguma norma infraconstitucional a respeito, o particular será responsável.

Ambas as teorias, da equiparação e da imputação, são criticadas pela evidente artificialidade em que se desdobram para argumentar a favor da responsabilidade do Estado a respeito da violação de direitos fundamentais por particulares. A artificialidade é demonstrada quando ambas atribuem ao Estado condutas estritamente privadas.

A teoria da *state action*, equipara condutas de particulares à conduta do Estado em momento posterior, com a evidente finalidade de atribuir uma afetação a direito fundamental, sem que haja critérios pré-definidos. (SILVA, 2008, p106). Observa-se que o argumento tem natureza teleológica, fundamentado na finalidade de controle dos atos privados a partir da equiparação indiscriminada.

A artificialidade da teoria de Schwabe se apresenta na imputação de efeitos de toda e qualquer ação privada que não tenha sido proibida pelo Estado.

2.4. O modelo de Alexy

Alexy critica os modelos acima descritos no sentido de que a partir deles podem ser alcançados resultados equivalentes. Segundo o autor, “duas construções jurídicas são equivalentes em resultado se todo resultado que pode ser obtido no âmbito de uma puder também ser obtido no âmbito da outra”. (ALEXY, 2015,p531)

Entende o autor que tais teorias não devem ser descartadas uma vez que são incompletas. Assim, o modelo de três níveis elaborado por Alexy compreende todas as teorias que tratam de como os direitos fundamentais devem produzir efeitos nas relações privadas.

No primeiro nível, do dever estatal, encontra-se a teoria dos efeitos indiretos. O dever estatal origina-se no fato de que a aplicação de todos os ramos do direito deve observar as normas de direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores (ALEXY,2015, p533). Ou seja, na aplicação da legislação infraconstitucional e, ainda, na sedimentação da jurisprudência, o juiz deve observar a vinculação a tais princípios.

O segundo nível trata dos direitos em face do Estado que têm efeitos perante terceiros. Alexy observa que é necessária uma conexão entre o dever de cumprimento dos direitos fundamentais como ordem de valores e a necessidade de cumprir esse dever no caso concreto. Tal conexão implica o fato de que se o Estado descumprir uma norma de direito fundamental estará ferindo um direito subjetivo do particular. A partir dessa construção, garante-se ao cidadão o direito de exigir do Estado a proteção do princípio constitucional que lhe seja favorável.

O terceiro nível trata dos efeitos diretos dos direitos fundamentais nas relações entre entes privados. Primeiramente, é importante observar que os efeitos diretos não significam que o cidadão tem em face de outro cidadão o mesmo direito que tem em face do Estado. Não significa, tampouco, que o cidadão pode requerer uma obrigação de outro cidadão assim como pode requerer do Estado (o cidadão não pode demandar a elaboração de uma lei de outro cidadão, por exemplo).

Porém, há direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, competências e não-competências nas relações privadas que são fundamentados nos direitos fundamentais, de modo que estes produzem efeitos diretos nas relações entre cidadãos. Ou seja, os direitos fundamentais atuam como razões para direitos e obrigações nas relações privadas em virtude da sua existência. Caso tais direitos não existissem, não haveria efeito nas relações privadas. (ALEXY, 2015, p.539)

3. A aplicação das normas constitucionais de direitos fundamentais sociais ao trabalho

Após a análise acerca das teorias da eficácia das normas constitucionais, mostrou-se a superação da teoria da distinção das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada. Conforme ensina Virgílio Afonso da Silva, as normas constitucionais, partindo da teoria dos princípios, possuem suporte fático amplo garantindo proteção aos direitos fundamentais do indivíduo perante o Estado.

No que trata da irradiação de efeitos nas relações entre particulares, casos em que ambas as partes são detentoras de direitos, viu-se que há diversas teorias que tratam do tema – teoria mediata, imediata e estatal (“State Action” e teoria de Schwabe). Viu-se que Alexy cria um modelo em três níveis no qual abarca todas as teorias, enquadrando cada uma em situações adequadas, pretendendo assim alcançar a completude no que trata do modo pelo qual se dá a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros.

Agora, pretende-se desenvolver o tema acerca da vinculação de direitos fundamentais sociais nas relações privadas, em especial, os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

No caso do direito fundamental social ao trabalho, é possível perceber que há a geração de direitos e deveres na relação entre trabalhadores e empregadores. Como Alexy apontou no terceiro nível de seu modelo, as normas de direitos fundamentais atribuem direitos e não-direitos, obrigações e não-obrigações nas relações privadas.

Assim, quando a norma de direito fundamental institui o direito ao salário, por exemplo, gera efeitos na relação empregatícia no sentido de que o trabalhador tem o direito subjetivo de recebimento de salário pelo período trabalhado. Caso não haja o cumprimento dessa norma, seu suporte fático será atingido (neste exemplo é fácil perceber que o particular feriu o âmbito de proteção da norma e não o Estado). Tal descumprimento, quando não justificado, fere o núcleo essencial do direito ao recebimento de salário pelo trabalhador. Assim, faz-se necessária a intervenção do Judiciário para a proteção do núcleo essencial do direito ao salário do trabalhador.

A partir dessa construção, pretende-se defender a atuação do Judiciário na garantia de direitos aos trabalhadores, diante das alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, no caso da possibilidade de criação de normas a partir da autonomia privada coletiva.

4. A Reforma Trabalhista e a autonomia privada coletiva

A lei 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista, promoveu diversas mudanças na *Consolidação das Leis do Trabalho – CLT*, alterando e até extinguindo direitos há muito garantidos aos trabalhadores.

Dentre as mudanças, destaca-se a positivação da prevalência do negociado sobre o

legislado, de modo que as normas elaboradas pelos trabalhadores na negociação coletiva prevalecem sobre as normas estatais.

Ressalta-se que a Constituição já previa três hipóteses nas quais a norma negociada prevalecia sobre a norma estatal, são elas: irredutibilidade do salário, art. 7º, VI; duração do trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, art. 7º, XIII; jornada de seis horas para o turno ininterrupto, art. 7º, XIV.

Com a redação do art. 611-A, as normas coletivas prevalecem sobre a previsão legal em quinze hipóteses. Deste modo, percebe-se o movimento de flexibilização das normas a fim de valorizar o exercício da autonomia privada coletiva.

A flexibilização, ao elencar novos direitos passíveis de negociação coletiva, na verdade, abre espaço para a precarização das relações trabalhistas, no sentido de que os trabalhadores aceitem reduções de garantias legais, dado que não há impedimentos de que normas coletivas estabeleçam melhores condições aos trabalhadores (KREIN, 2017,p19)

Reforçando o caráter flexibilizador da reforma, destaca-se o §3º do artigo 8º da CLT, no qual se lê:

§ 3o 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**.(grifos acrescentados)

Assim, a valorização do exercício da autonomia e a liberdade de negociação dos particulares reduzem a intervenção estatal. O discurso de flexibilização impõe a necessidade de adaptação das normas ao mercado, de modo que o Estado deve ser mais flexível, menos rígido e, conseqüentemente, menos presente nas relações.

O exercício da autonomia privada, portanto, seria o meio de adequar as normas às relações específicas, adaptando ao contexto e condições do mercado.

Numa primeira leitura, pode-se entender que o controle judicial sobre as normas autônomas elaboradas através da negociação foi reduzido aos requisitos formais de validade do negócio jurídico previstos no Código Civil.

Ao fazer isso, o legislador desconsiderou a evidente assimetria entre as partes no caso específico de uma relação trabalhista.

Entende-se, e aqui se quer defender, que a previsão legal de intervenção mínima na autonomia privada coletiva não retira o dever estatal de controle. Como visto no início do texto, as normas constitucionais possuem eficácia sobre as relações privadas, de modo que qualquer limite ou restrição aos direitos trabalhistas pode gerar afetação ao núcleo essencial do direito fundamental social ao trabalho e, por isso, necessita de justificação, devendo cumprir os requisitos da proporcionalidade.

Por exemplo, o inciso V do citado artigo 611-A, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, prevê a supremacia do negociado sobre o legislado no caso de 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.

Assim, ainda que a Lei determine a intervenção mínima no princípio da autonomia privada, o Judiciário não pode se abster, quando demandado, de observar o cumprimento do núcleo essencial do direito fundamental ao trabalho e demais direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Não havendo justificativa proporcional para a restrição do âmbito de proteção da norma, é dever do Judiciário invalidar a norma coletiva.

Quando não há justificativa suficiente e/ou a restrição do direito é além do núcleo essencial, o Judiciário tem o dever de interferir, sob força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal/88.

5. Conclusão

Este artigo buscou traçar o panorama geral do tema acerca das mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 no que tange ao controle judicial sobre o exercício da autonomia privada coletiva.

Para tanto, traçou-se como premissas a natureza do direito fundamental social ao trabalho, assim como a eficácia das normas constitucionais nas relações privadas.

A partir do modelo de três níveis de Alexy, entendeu-se que as normas de direitos fundamentais geram efeitos imediatos nas relações privadas, conforme o nível três do modelo.

Deste modo, o direito fundamental social ao trabalho e demais direitos fundamentais sociais geram direitos e não direitos, obrigações e não obrigações aos trabalhadores e empregadores, atribuindo-lhes direitos subjetivos.

Dentre as mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017, foi dada expressiva relevância à supremacia das normas coletivas sobre as normas legais, de modo que o exercício da autonomia privada coletiva sofra intervenção mínima do Estado.

Ocorre que, a partir da eficácia imediata das normas constitucionais, o Poder Judiciário não pode ficar inerte no caso de infração ao núcleo essencial dos direitos dos trabalhadores, ainda que por meio do exercício da autonomia privada.

O trabalho teve como pretensão, vale observar, ressaltar a produção de efeitos das normas constitucionais sobre as relações trabalhistas, ainda que a nova legislação aparente afastar o controle judicial sob o manto do princípio da autonomia privada coletiva.

Sabe-se que a discussão é ampla e requer maiores digressões. O trabalho limitou-se a tratar da produção de efeitos das normas constitucionais nas relações trabalhistas, estabelecendo o núcleo essencial como limite máximo ao exercício da autonomia.

Não foi abordada, neste sentido, a extensão do exercício da autonomia privada coletiva quando em colisão com direito fundamental. No caso do direito ao salário, por exemplo, não se pretendeu analisar os níveis e os critérios de aferição do grau de afetação da autonomia privada no direito fundamental ao recebimento ao salário. Trata-se de objeto para outra oportunidade.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais e a Eficácia das Normas Constitucionais. **Revista de Direito do Estado** 4(2006). p23-51

KREIN, José Dari. e outros (orgs). **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. Campinas, 2017. Disponível em: https://www.ael.ifch.unicamp.br/pfael/publicfiles/noticias/arquivos/dossie_cesit_contribuicao_critica_a_reforma_trabalhista.2017.pdf. Acesso em: 30 mar. 2019..