

VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

IARA MARTHOS ÁGUILA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Iara Marthos Águila; Luciana de Aboim Machado – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-730-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito do trabalho. 3. Meio ambiente do trabalho. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI
DIREITO DO TRABALHO E MEIO AMBIENTE DO TRABALHO I

Apresentação

Advindos de estudos aprovados para o VI Encontro Virtual do CONPEDI, realizado entre os dias 20 a 24 de junho de 2023, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema principal “Direito e Políticas Públicas na Era Digital”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado à disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos que compõem esta obra reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito do trabalho, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna - MG

Iara Marthos Águila

Faculdade de Direito de Franca

Luciana de Aboim Machado

Universidade Federal de Sergipe

NEGOCIADO VS. LEGISLADO: UMA ANÁLISE DO TEMA 1.046 DO STF SOB A ÓTICA DO GARANTISMO TRABALHISTA

TRADED VS. LEGISLATED: AN ANALYSIS OF THEME 1046 OF THE STF FROM THE PERSPECTIVE OF LABOR GUARANTEE

**Andrews de Oliveira Leal
José Alberto Antunes de Miranda**

Resumo

A reforma trabalhista introduzida através da L. 13.467/2017 alterou uma série de disposições em matéria de negociação coletiva, em especial, o negociado sobre o legislado, sob a premissa de flexibilização de direitos com o fulcro de aumento de competitividade das empresas atuantes no Brasil, visando-se, a partir desse aumento de competitividade, a geração de postos de trabalho. Contudo, a nova forma de análise da prevalência do negociado sobre as normas heterônomas de direito do trabalho parece ter ocorrido de forma prematura ocasionando uma contraposição de ideias ensejadora, inclusive de análise de constitucionalidade de parte das disposições dos arts. 611-a e 611-b da CLT. Nesse ponto, a partir da edição do Tema 1.046 do STF para considerar constitucionais os acordos e convenções coletivos que pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, ressalvados os direitos absolutamente indisponíveis, é possível perceber, sob a ótica do Garantismo Trabalhista, que o impacto da flexibilização de direitos sem contrapartida poderá ocasionar a precarização do trabalho enquanto Direito Social bem como a estagnação/retrocesso do sistema de garantias do exercício das liberdades sociais e individuais do trabalho e do desenvolvimento econômico do Estado na medida em que percebe-se que a flexibilização com o fim de retirada ou redução de direitos trabalhistas tende a reduzir o desempenho dos trabalhadores e consequentemente da corporação uma vez que, são, ainda, os trabalhadores, a força motriz do desempenho econômico das corporações.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, Negociação coletiva, Negociado vs. legislado, Tema 1.046 do STF, Garantismo trabalhista

Abstract/Resumen/Résumé

The labor reform introduced through L. 13.467/2017 changed a series of provisions on collective bargaining, in particular, the negotiated over the legislated, under the premise of flexibilization of rights with the fulcrum of increasing the competitiveness of companies operating in Brazil, aiming, from this increase in competitiveness, the generation of jobs. However, the new way of analyzing the prevalence of the negotiated over the heteronomous norms of labor law seems to have occurred prematurely, causing a contraposition of ideas, including the analysis of constitutionality of part of the provisions of arts. 611-a and 611-b of

the CLT. At this point, from the edition of Theme 1046 of the STF to consider the collective agreements and conventions that establish limitations or departures from labor rights to be constitutional, regardless of the specified explanation of compensatory advantages, except for the absolutely unavailable rights, it is possible to perceive, from the perspective of the Labor Guarantee, that the impact of the flexibilization of rights without compensation could lead to the precariousness of work as a Social Right as well as the stagnation / setback of the system of guarantees for the exercise of social and individual freedoms of work and the economic development of the State to the extent that that it is clear that flexibilization with the purpose of withdrawing or reducing labor rights tends to reduce the performance of workers and consequently of the corporation, since workers are still the driving force of the economic performance of corporations.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor reform, Collective bargaining, Traded vs. legislated, Theme 1046 of the stf, Labor guarantee

1 INTRODUÇÃO

Nas presentes linhas serão abordadas as inovações trazidas pelas L. 13.467/2017 em matérias de negociação coletiva, aprofundando-se a análise reflexiva quanto ao negociado versus legislado e os impactos trazidos pela mudança nas matérias passíveis de negociação coletiva após a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, do Tema 1.046 sob a ótica do Garantismo aplicado ao Direito do Trabalho, objetivando-se tecer considerações acerca de questões controversas decorrentes da mudança legislativa.

A forma de exposição do tema será através do método francês sendo que na primeira parte será realizada uma análise comparativa entre a forma como era realizada e validada a negociação coletiva em relação as normas trabalhistas heterônomas antes da reforma trabalhista e quais mudanças ocorreram na forma de validação da negociação coletiva sobre a legislação heterônoma. Por fim, na segunda parte será aprofundado o objeto, trazendo-se algumas reflexões acerca das inovações trazidas com a L. 13.467/2017, bem como sob o entendimento esposado pelo STF no Tema 1.046 sob os contornos de uma ótica Garantista em sede de Direito do Trabalho, enquanto Direito Social e seu valor constitucional.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

Historicamente a relação laboral impõe ao trabalhador uma disparidade de forças em relação ao empregador de modo que, uma vez vulneráveis, os trabalhadores passaram a reunirem-se em grupos formando coletivos, associações e sindicatos com o fulcro de, através da união de esforços, alcançarem um patamar de equidade junto aos empregadores possibilitando meios de negociação quanto as condições de trabalho e remuneração. Assim, a negociação coletiva tem início a partir da contraposição das vontades dos trabalhadores, reunidos ou não por meio do sindicato, e da organização sindical patronal de outro lado.

Nesse sentido destacam Gomes e Gottschalk (2008, p. 613) que “a associação profissional e as normas coletivas surgiram como meio de igualar as forças econômicas das partes contratantes e, assim, reequilibrar as posições das mesmas no ato contratual”. Deste modo, a negociação coletiva torna-se um processo de diálogo social entre patrões e empregados, na busca de um consenso e da elaboração de normas coletivas para serem aplicadas nas relações individuais de trabalho, podendo ser considerada a melhor e mais legítima forma de solução de conflitos sociais nas relações de trabalho, pois privilegia a autonomia privada coletiva e a

autorregulamentação dos interesses. É mecanismo de melhoria da condição social do trabalhador e efetividade dos direitos fundamentais, revelando-se eficiente meio de solução pacífica das controvérsias e valorização social do trabalho.

Denota-se, nesse ponto, que o alcance e eficiência da negociação coletiva no direito do trabalho reflete, em certa medida, a eficiência do próprio direito do trabalho consoante entendimento esposado por Amauri Mascaro do Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2012, p. 400) quando afirmam que “o modelo de direito do trabalho de um país pode ser medido sob o ângulo da negociação coletiva. O espaço que a negociação coletiva ocupa no direito interno é um critério que permite classificar o sistema de relações de trabalho de um país”.

Os autores, ainda, estabelecem como fases da negociação coletiva i) O papel de unificar os trabalhadores, a fim de se contraporem coletivamente ao empregador; ii) A criação de normas sobre condições de trabalho com efeitos gerais, aplicáveis a toda a categoria, fazendo surgir um modelo corporativista, no qual o Estado cumpria importante função reguladora; iii) A utilização como elo de coordenação entre os interesses dos empregados e empregadores, a fim de servir de instrumento normativo de caráter comunitário e geral, diante de uma política com bases democráticas (NASCIMENTO; NASCIMENTO, 2012).

Antes da reforma trabalhista realizada através da L. 13.467/2017 vogava, em matéria de negociação coletiva, o Princípio da Adequação Setorial Negociada o qual dispunha que a legislação estabelecia os limites de mínimo existencial digno ao trabalhador restringindo a validade da negociação coletiva apenas quando fornecesse, aos trabalhadores, condições e benéficas superiores as determinadas pela legislação, ou, em havendo restrição ao mínimo previsto em lei, que se estabelecesse contrapartida compensatória.

Em relação ao Princípio da Adequação Setorial Negociada Maurício Godinho Delgado (2001, p.96) ensina que:

Este princípio trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Ou seja, os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal. [...] Pelo princípio da adequação setorial negociada as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).

Nesse norte, a negociação coletiva pode produzir a redução de direitos trabalhistas para manter a atividade empresarial e os postos de trabalho. Contudo, tendo em vista tal princípio, a validade do negociado sob o legislado ocorreria tão somente quando a negociação abarcasse, apenas, parcelas de indisponibilidade relativa e que tal negociação garantisse um patamar de direitos mínimos aos trabalhadores estabelecendo-se um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável.

3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA APÓS DA REFORMA TRABALHISTA

A reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467/2017, talvez uma das reformas mais polêmicas no ordenamento trabalhista brasileiro, trouxe uma série de mudanças no direito do trabalho e, especificamente na negociação coletiva. O Princípio da Adequação Setorial Negociada deu lugar aos arts. 611-A e 611-B os quais estabelecem as parcelas negociáveis (art. 611-A) e as vedações ou limites a negociação (art. 611-B). Além disso, a validade do negociado sobre o legislado não mais reside na observância dos limites de mínimo existencial digno ao trabalhador no sentido de a obrigatoriedade da negociação coletiva fornecer melhores condições ou contrapartidas em relação ao ordenamento, mas tão somente na observância das vedações estabelecidas pelo art. 611-B mesmo que a negociação reduza parcelas de indisponibilidade relativa dos trabalhadores.

Assim, percebe-se que o negociado sobre o legislado após a reforma trabalhista passou de um modal garantidor de melhores condições para o empregado para um reajustamento das especificidades do contrato de trabalho trazendo-se para um patamar de equidade entre empregado e empregador no que pertine a direitos, responsabilidades e ônus na negociação trabalhista.

Dentre os críticos das inovações trazidas pela reforma cite-se Vólia Bomfim Cassar (2017, p.1-2) que retrata sua indignação da seguinte forma:

O conteúdo da Lei 13.467/2017 desconstrói o direito do trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus princípios básicos, suprime regras favoráveis ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, autoriza a livre autonomia da vontade individual; permite que o negociado individualmente e coletivamente prevaleça sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, exclui regras protetoras de direito civil e de processo civil ao direito e processo do trabalho.

A prevalência do negociado individualmente sobre o legislado, citada pela autora, advém de um dos pontos mais polêmicos da reforma, a criação da figura do empregado Hipersuficiente trazida no parágrafo único do art. 444 da CLT o qual atribui o poder de negociação individual, nos mesmos moldes da negociação coletiva, ao empregado portador de diploma de nível superior que recebe salário igual ou superior a duas vezes o teto do RGPS, entendendo, o legislador, que tais requisitos seriam suficientes para afastar a vulnerabilidade do empregado em relação ao empregador, ou seja, que o diploma de nível superior e a remuneração igual ou superior a duas vezes o teto do RGPS seriam suficientes para garantir paridade de forças entre empregado e empregador.

Em relação ao posicionamento dos defensores da reforma trabalhista, traz-se, como figura de destaque, Ives Gandra Martins (2017, p.3) que entende que:

Protecionismo exacerbado da Justiça do Trabalho em favor dos trabalhadores, somado à figura do operário pensado pela CLT nos anos 40, não mais existe diante de um mundo moderno e globalizado. A reforma, sob tal prisma, veio para colocar limites ao ativismo judiciário trabalhista, não muito diferente daquele praticado por outros ramos do Judiciário, mas vincado pela unilateralidade e excesso, tornando insuportável o seu peso sobre o empresariado nacional, que tem perdido competitividade internacional e capacidade de geração e manutenção de empregos.

Perceba-se que as duas correntes de pensamento chegam a um ponto de consenso no sentido da reforma trabalhista ter reduzido a carga de direitos protetivos aos trabalhadores sendo que, os contrários à reforma, entendem que tal redução revestiu-se de precarização das garantias do trabalhador, ao passo que os defensores da reforma entendem que a redução, em verdade, tratou-se da retirada de um excesso de protecionismo, idealizado para uma realidade em que o empregado sofria uma série de abusos, mas que, ante a evolução social, não mais era necessário, pelo contrário, teria gerado um excesso prejudicial a atividade empresarial e econômica do país.

Assim, a negociação coletiva fora ampliada para tudo que não seja vedado constitucionalmente ou esteja no rol do art. 611-b da CLT como, por exemplo, as normas de identificação profissional, a garantia salarial, o RSR, as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho, o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, o seguro contra acidentes de trabalho, o direito de 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 entre outros.

4 GARANTISMO CIVIL NA ESFERA DO TRABALHO

A Teoria Garantista corresponde a uma mudança paradigmática, baseada em um constitucionalismo rígido, visando buscar respostas à crise do Direito e da Democracia, de forma que a consagração normativa dos direitos fundamentais (constitucionalização) denota a presença de uma democracia substancial, fundamental ao funcionamento e manutenção do Estado Constitucional Democrático de Direito, provocando tanto uma nova percepção no que pertine à validade das estruturas legislativas e também em relação a legitimidade dos sistemas políticos.

Sob esta perspectiva, segundo Ferrajoli (2001), os direitos e garantias fundamentais são a lei dos mais fracos, por estabelecerem os limites e delimitarem a esfera do indecidível, e, com isso, possibilitar a proteção dos indivíduos (FERRAJOLI, 2008), principalmente os que encontram-se em condição de vulnerabilidade. Nessa linha de raciocínio, sob a ótica Garantista, o Direito do Trabalho deveria tratar-se não só de regulação acerca dos vínculos e contratos de Trabalho, mas também em ferramentas e mecanismos de proteção das liberdades e poderes dos trabalhadores estabelecendo-se, para tanto, um sistema de “freios e contrapesos” capaz de reduzir as disparidades inerentes a relação laboral, seja a disparidade econômica entre empregador e empregado, seja a disparidade social decorrente da necessidade de sujeição hierárquica entre os trabalhadores e os empresários, na medida em que estes detêm a posse dos meios/processos produtivos.

E ululante que a Constituição Brasileira de 1988 possui, em relação ao trabalho, caráter protetivo ao trabalhador, basta a análise teleológica do art. 1º, inc. IV no que tange aos valores sociais do trabalho e posteriormente, voltar-se ao preâmbulo da CRFB quando refere que o Estado Democrático de Direito, destina-se, entre outros objetivos, a “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”.

Ao discorrer-se pelos direitos individuais e coletivos, novamente, percebe-se a atenção voltada ao trabalhador, garantindo-lhe o livre exercício de qualquer trabalho (art. 5º, inc. XIII) antes mesmo do direito de propriedade (art. 5º inc. XXII) e especificamente nos arts. 6º e 7º que tratam dos Direitos Sociais, encontra-se o cerne da proteção ao trabalho, estabelecido como Direito Social pelo art. 6º e cujo esqueleto dos mecanismos de garantia encontram-se delineados no art. 7º. Não é desarrazoada a conclusão, a partir da análise da Constituição Brasileira, de que a soberania popular, ao estabelecer o Estado Democrático, através da CRFB/1988 idealiza-se o Brasil enquanto Social Democracia na qual o Estado fornecesse meios para que a sociedade

pudesse desenvolver-se, em todas as esferas, de forma digna, respeitando-se Direitos Fundamentais e o bem-estar social.

Nessa linha, tanto trabalho quanto livre iniciativa deveriam coexistir de forma harmônica no sentido de garantir-se o desenvolvimento econômico sem que fossem relegadas as necessidades dos trabalhadores, ou seja, desempenhar a atividade empresarial sem oprimir, precarizar ou reduzir direitos dos Trabalhadores. Nesse ponto, o garantismo trabalhista atuaria como critério de ponderação a ser considerado quando da criação de políticas públicas de desenvolvimento econômico, de geração de emprego e trabalho, bem como na delimitação da esfera do indecidível, ou seja, o que não se poderia relativizar. Tal conclusão não decorre de menção explícita na CRFB/1988, mas de interpretação do espírito da lei, de seu *animus*, especialmente ao analisar-se o contexto histórico no qual foi promulgada.

Não há lógica em imaginar que a vontade popular de uma sociedade recém-saída do jugo de uma Ditadura Militar promulgasse uma carta de direitos de um estado democrático que não privilegiasse liberdades e poderes individuais e coletivos, bem como não limitasse a intervenção estatal, atribuindo ao Estado intervir para garantia de tais liberdades. Regimes ditatoriais, em sua natureza, tendem a limitar as liberdades individuais e sociais reduzindo a autodeterminação das pessoas em suas escolhas de vida e, portanto, é quase que óbvio que uma mudança paradigmática como a troca de um regime político, implique, também, em uma ruptura entre os objetivos do Estado antes e pós mudança de regime político.

Portanto, seguindo-se a lógica de um sistema garantista em matéria trabalhista, caberia, ao Poder Judiciário, em última análise, atuar como balança a garantir a equidade de forças entre trabalhador e empregador, de forma a reduzir a hipossuficiência do operário em relação ao patrão, no que for verificado que há uma desigualdade. Aliás, já existem ferramentas para tanto em nosso sistema judiciário. Cite-se, por oportuno, a inversão do ônus probatório com base na circunstância do empregador possuir o controle e gestão das informações acerca da relação de trabalho, como registro de ponto, contracheques, gestão do sistema e-social, entre outros. Afora isso, na seara principiológica, não há como não referir o critério de ponderação baseado no “*in dubio pro operário*”, no princípio da irredutibilidade salarial, entre outros.

A importância da salvaguarda dos direitos civis dos trabalhadores reside no fato do mercado de trabalho se mostrar um ambiente naturalmente desregulado, na medida em que verifica-se que os empregadores tendem a atribuir o valor à força de trabalho dos empregados, lhes retirando a autonomia negocial em relação a salários e, não raras vezes, a condições de trabalho, como destaca Ferrajoli (2021, p. 319-320):

La prima garanzia dei diritti dei lavoratori riguarda i loro diritti civili di autonomia. Tale autonomia ha assunto la forma di autonomia collettiva, sia in termini di contrattazione che di autotutela. Il cosiddetto “mercato del lavoro”, che si manifesta nello scambio contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore, è, infatti, un falso mercato, poiché nella contrattazione individuale i prezzi della forza lavoro sono fissati soprattutto dai datori di lavoro. Pertanto, l'unico modo per compensare la disparità di forza contrattuale tra le due parti del rapporto è quello di assegnare i lavoratori - come insieme di tutti i lavoratori in un determinato territorio, o di tutte le persone appartenenti allo stesso settore produttivo, o di tutti dipendenti dello stesso datore di lavoro - di una soggettività collettiva che li pone come soggetti collettivi, per competere con i datori di lavoro a livello nazionale, di categoria o aziendale. Tale soggettività collettiva è garantita e realizzata sotto due aspetti: da un lato, con la forma collettiva dei contratti di lavoro, che in nome e per conto del gruppo di lavoratori sono stipulati da quegli specifici soggetti collettivi rappresentativi, che sono le organizzazioni sindacali ; dall'altro, con la forma ugualmente collettiva di specifici diritti civili di autotutela attribuiti ai lavoratori, come la libertà di organizzazione sindacale e il diritto di sciopero.

Ocorre que, na medida em que se retira a fonte de custeio das organizações sindicais, estas restam enfraquecidas e, uma vez que são representantes das classes de trabalhadores, toda a classe resta também enfraquecida. Ainda que os direitos civis de autonomia negocial sejam, em sua fonte, ferramentas para uma justa composição entre trabalhadores e classe patronal, se a classe operária não possuir meios para exercer tais direitos em sua plenitude, o exercício dos direitos de autonomia negocial restará prejudicado, será um exercício precário e, o exercício precário tende a ocasionar desigualdades jurídicas.

Ferrajoli (2021, p. 319) reforça que os direitos civil de autonomia negocial, quando exercidos de forma precária, ou sem condições de garantia de seu exercício de forma plena, tem ocasionado “in primo luogo, le disuguaglianze nella titolarità dei diritti monetari, attraverso il loro commercio nel mercato dei beni; in secondo luogo, per l'alienazione, da parte dei lavoratori, di una parte della loro vita e, quindi, per la riduzione di fatto dei loro spazi di libertà e autonomia civile.” Ressalta ainda, o autor, que “esiste un legame tra l'efficacia dei diritti dei lavoratori, associata alla forza delle loro forme collettive di contrattazione e di autotutela, e lo sviluppo non solo civile ma anche economico della società.”(FERRAJOLI, 2021, p. 319).

Nesse mote, percebe-se que a reforma trabalhista, na medida em que substituiu o princípio da Adequação Setorial Negociada, pelos arts. 611-A e 611-B abriu brecha para que o mínimo existencial de dignidade ao trabalhador fosse limitado às premissas das disposições supra referidas, cabendo, em caso de conflitos de normas e acordos/convenções coletivas, aos Tribunais Superiores Brasileiros estabelecerem qual seria esse mínimo existencial, ou seja, quais condições poderiam ou não ser negociadas e qual a medida de relativização de direitos trabalhistas permitida dentro da relação laboral. Contudo, deixar tão somente a cargo dos

Tribunais a responsabilidade de estabelecer-se as balizas de direitos trabalhistas não parece o ideal de um sistema democrático, tampouco parece representar a vontade popular do constituinte quando analisamos o que a CRFB dispõe acerca do trabalho enquanto direito social e um dos principais objetivos da sociedade brasileira.

Aliás, em que medida se pode se pode conferir eficiência a um sistema que incumbe, tão somente ao Poder Judiciário a responsabilidade de verificar se um acordo ou convenção coletiva fora estabelecido com equidade entre as partes ou se garante uma condição digna ao trabalhador dentro dos objetivos constitucionais referentes ao trabalho enquanto direito social?

5 NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O TEMA 1.046 DO STF

Em 23 de maio de 2019, foi publicado o acórdão do STF (relator Ministro Gilmar Mendes), proferido nos autos do processo ARE 1121633-GO, que deu origem ao Tema 1046, propondo uma reformulação no entendimento da Corte expressa anteriormente nos Temas 357 e 762. A controvérsia que ensejou a repercussão geral no referido *lead case* dizia respeito a prevalência do acordo coletivo de trabalho que contrapunha disposição prevista na CLT acerca do pagamento de *horas in itinere* aos empregados.

O Tribunal de origem manteve acórdão do Tribunal Regional do Trabalho que afastou a aplicação de norma coletiva de trabalho a qual estabelecia que o tempo despendido de ida ou retorno ao trabalho com veículo fornecido pela recorrente não daria ensejo ao pagamento de horas *in itinere* sob a justificativa de que proteção e prevalência da autonomia privada coletiva encontra limites nos princípios e normas que compõem o ordenamento jurídico como um todo. Dessa forma, assentou que na medida em que se privilegia a negociação coletiva, a flexibilização das normas encontra limites no sistema jurídico, garantindo-se direitos e benefícios básicos ao trabalhador. Dentre eles, limita-se a atuação dos sindicatos no tocante a cláusulas abusivas e que dispõem a respeito de renúncia de direitos.

Entretanto, O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que deve ser privilegiada norma coletiva de trabalho, desde que os temas pactuados não sejam direitos absolutamente indisponíveis ensejando o Tema 1.046, com a seguinte redação:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis (BRASIL, 2022).

Oportuno frisar que, ao admitir a repercussão geral, foi reconhecido que os direitos trabalhistas possuem sede constitucional e não há como chegar à proposição de se autorizar a flexibilização, apenas, de direito “não assegurado constitucionalmente”. Efetivamente, o aspecto que teria justificado a repercussão geral anularia o seu próprio efeito. Ora, como os direitos trabalhistas são constitucionais, vindo daí a repercussão geral do tema, os direitos trabalhistas, então, estão assegurados constitucionalmente, não havendo espaço para limitação ou restrição, exceto nas hipóteses expressamente previstas na própria Constituição, mas quanto a isso nunca houve dissidência na jurisprudência do STF e dos Tribunais do Trabalho. Portanto, se o objeto de discussão do processo específico for a infringência de direito trabalhista assegurado constitucionalmente (e praticamente todos o são), não há qualquer contrariedade ao enunciado do Tema 1046 nas decisões que negam validade a uma norma coletiva por negar vigência e eficácia a algum direito trabalhista assegurado na Constituição, dentre eles o próprio da progressividade fixado no “caput” do art. 7º, não representando, pois, qualquer ofensa à determinação de suspensão, que foi expressa no sentido de suspender processos cujas decisões pudessem se contrapor ao Tema 1046.

Afora isso, a redação do Tema 1.046 padece de outro ponto contraditório referente ao princípio da Adequação Setorial Negociada na medida em que a realidade na qual se insere o estudo do Princípio da Adequação Setorial Negociada é de flexibilização das normas trabalhistas, ausência de estabilidade no emprego e, conseqüentemente, ausência de poder de resistência dos empregados, além de um grave cenário de fraqueza social e política dos sindicatos. No contexto atual, a situação dos direitos sociais do trabalho é bem diferente e suas características se vinculam diretamente ao novo modelo de Estado e às condições sociais, econômicas e políticas que o cercam.

Estamos falando agora de um Estado caracterizado por uma sociedade de massas, de ideias pluralistas, envolvido em uma política mundial de tons nitidamente neoliberais. Isso significa que há uma tendência de se desregulamentar as normas trabalhistas, de abertura econômica e de mundialização do capital. Também ocorre a multiplicação de direitos e de conflitos de massa. Afinando-se a essa nova realidade, o Estado deve buscar adequar suas políticas públicas, sua linha legislativa e sua atuação jurisdicional, principalmente em virtude do desprestígio pelo qual vem passando os direitos sociais do trabalho em fase de neoliberalismo. Porém, ressalte-se que, ainda que a sociedade seja de massas e esteja passando por uma séria e importante reestruturação produtiva, os direitos sociais do trabalho não perdem sua importância, como quer fazer pensar a corrente ultraliberal do pensamento. Pelo contrário, ela cresce em necessidade na medida em que limita e moraliza o capitalismo.

Retirar a necessidade de vantagens compensatórias quando da limitação ou afastamento de Direitos Trabalhistas não é respeitar a adequação setorial negociada, mas sim afastá-la para compactuar com um sistema que subjuga as classes de trabalhadores aos interesses econômicos na medida em que é notória a hipossuficiência das classes obreiras.

A reforma trabalhista por um lado, enfraqueceu as garantias dos sindicatos e associações de trabalhadores, por outro alargou a esfera do decidível em matéria trabalhista e na medida em que uma maior gama de garantias dos trabalhadores é passível de redução ou afastamento, sem contrapartida, como se aduz da análise do Tema 1.046 do STF, o que se verifica é a limitação da esfera do indecidível em matéria trabalhista tão somente aos limites constitucionais e as vedações do art. 611 – B da CLT. Nesse prisma, o que se percebe é um enfraquecimento do Direito ao trabalho, enquanto direito social e isso vai contra a vontade popular do constituinte, uma vez que do próprio preâmbulo extrai-se que o Estado Democrático Brasileiro foi instituído para: assegurar o exercício e o desenvolvimento dos direitos sociais e individuais”.

Não é possível assegurar o exercício harmônico dos Direitos individuais e sociais sem um sistema forte de freios e contrapesos apto a garantir um equilíbrio de poderes em que ocorra a salvaguarda das garantias fundamentais para exercício dos Direitos Sociais e Individuais. Afora isso, destaca-se a importância do Trabalho, enquanto direito Social na medida em que este é um dos Fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro (art. 1º, inc. IV da CRFB/1988), logo, para que se privilegie a prevalência da negociação entre trabalhadores e empresas, deve-se estabelecer um sistema no qual seja possível, ainda que através de assistência do Estado, a paridade entre a parte obreira e a parte patronal, sob pena de, em não o fazendo, ocasionar o exercício desarmônico dos Direitos Sociais e Individuais do Trabalho, impactando em disparidade entre o Valor Social do Trabalho e da Livre Iniciativa e o consequente enfraquecimento dos Direitos da parte com menores condições de imposição de exigências, notadamente a classe trabalhadora.

A valorização do Trabalho enquanto Direito social e o desenvolvimento econômico, especialmente da livre iniciativa estão intrinsecamente ligados e é possível verificar um retrospecto econômico negativo em nações que enfraqueceram seus sistemas protetivos trabalhistas em prol de políticas liberais tidas por “antioperárias” como destaca Ferrajoli.¹

¹ È significativo la conferma della sinergia dei diritti di cui si è detto nel § 4.10, il fatto che in Italia, siano avvenute, nei primi 30 anni della Repubblica, la costruzione dello stato sociale l’espansione dei diritti dei lavoratori e della loro forza sindacale - dalla legge no. 604 del 15.7.1966, sul divieto di licenziamento senza giusta causa allo statuto dei diritti dei lavoratori, del 30.5.1970 – simultaneamente a una fortissima crescita economica; mentre il percorso inverso, cioè la recessione economica e la riduzione dei diritti sociali e del lavoro, si è

A prevalência do negociado em relação ao legislado idealizada pela reforma trabalhista seria no sentido de adequação das especificidades de cada categoria no desempenho das atividades de seus respectivos segmentos, não implicando, necessariamente em uma flexibilização para retirada de direitos, ainda que se verifique ter sido encarada, tal prevalência do negociado, nesse sentido. Por tais razões, é possível que a flexibilização de direitos sem uma contrapartida compensatória, como proposto no Tema 1.046, impacte em um retrocesso não só para o Direito do Trabalho enquanto Direito Social e o sistema de garantias de um exercício digno por parte das classes operárias, mas também em um retrocesso econômico na medida em que uma flexibilização que impacta em precarização do Trabalho, desestimula o trabalhador, e, conseqüentemente, reduz a produtividade e desenvolvimento econômico das corporações. Prova disso são os índices de Produtividade Total dos Fatores no Brasil e o fato de que a reforma trabalhista não logrou êxito em repercutir, nos índices de produtividade do trabalho, uma retomada em relação a períodos entre 2010-2013, como podemos observar no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Evolução da PTF e da produtividade por hora trabalhada. Brasil.



Fonte: IBRE/FGV, 2020.

A possibilidade de aumento da jornada de trabalho, por exemplo, é uma das matérias permitidas pelo art. 611-A da CLT para prevalência do negociado, limitando-se ao teto constitucional da jornada de trabalho, ou seja, a negociação poderá ocorrer tanto para aumento (até o limite constitucional) quanto para redução da jornada. Ocorre que o uso da negociação

compiuto in quest'ultimo quarantennio di politica anti-operaia subalterna ai poteri dei mercati. Fu negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso che prese avvio il processo decostituente del lavoro unitamente, non a caso, al declino dell'economia. (FERRAJOLI, 2021, p. 321).

coletiva como forma, apenas, de redução de direitos implica em desvio de finalidade em relação ao fulcro de adequar as disposições trabalhistas às especificidades das categorias e não garante que essa redução reflita em melhora para as Empresas. Relembre-se o caso do teste da semana de trabalho de 4 dias da Microsoft no Japão e o aumento de 40% da produtividade percebido pela Companhia (Exame, 2019). Portanto, a relação produtividade x tempo trabalhado não corresponde ao cálculo simples de aumentar-se a jornada de trabalho para garantir maior produtividade e isso implica em repensar a ideia de que aumento de jornada de trabalho corresponda a aumento de produção nas empresas.

Portanto, para que a negociação coletiva possua efetividade na regulação das categorias, na evolução econômica e na garantia da dignidade do trabalho é necessário que o sistema de elaboração e discussão de instrumentos coletivos possua multidisciplinariedade, ou seja, o exame das disposições dos instrumentos coletivos deve passar por uma discussão entre partes com igual poder de fala e condições de representação de todas as partes interessadas. A construção desse ambiente perpassa pelo fortalecimento de um sistema de garantias que atribui condições para que as instituições de garantia trabalhista possam desempenhar suas funções na representação dos interesses das categorias dos empresários e dos trabalhadores, com igual força, como forma de garantir equilíbrio entre as partes para que assim possa-se utilizar a negociação coletiva como instrumento de adequação das especificidades das categorias e aumento da eficiente do trabalho realizado pela categoria e não tão somente como forma de desoneração da parte hipersuficiente em arrepio do hipossuficiente.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a reforma trabalhista teve como objetivo a tentativa de aumento da competitividade das empresas brasileiras no mercado global através de medidas de desoneração das empresas e flexibilização de parte do arcabouço das garantias do empregado. Contudo, ao observar-se o resultado da metodologia utilizada para estabelecer os critérios de (im)possibilidade de negociação coletiva, é possível concluir que os parâmetros utilizados para definição das parcelas relativamente negociáveis e de inegociabilidade absoluta foram assentados sem que houvesse uma análise mais profunda acerca dos reflexos de tais mudanças.

O Tema 1.046, por sua vez, demonstra uma mudança paradigmática do Judiciário no sentido de ir ao encontro das políticas de flexibilização das garantias trabalhistas, ainda que a flexibilização sem contrapartidas, sob uma ótica garantista, impacte em precarização do Direito Social do Trabalho. Nesse ponto, percebe-se uma dissonância entre o que pode ser verificável

constitucionalmente, em termos de *voluntas* do constituinte e a interpretação do Supremo Tribunal Federal, em especial, na medida em que o Tema 1.046 parece restringir a esfera do indecível em matéria de Direito do Trabalho, o que impacta não uma estagnação/enfraquecimento do sistema de garantias trabalhistas e, como visto, poderá impactar também em um enfraquecimento do crescimento econômico uma vez que para tal crescimento está intrinsecamente ligado a um desempenho harmônico entre Direito Social do Trabalho e livre iniciativa.

Assim, ainda que a flexibilização dos direitos fosse medida necessária para aumento de competitividade empresarial, não se pode imaginar que tal flexibilização deva ocorrer sobrepujando-se o trabalhador uma vez que, boa parte das mudanças entre a situação do trabalhador da década de 40 e o da atual sociedade advém não somente da evolução da sociedade em que vivemos como se essa evolução fosse algo etéreo, porquê a própria evolução social é oriunda, em boa parte, das inúmeras lutas de associações e sindicatos a fim de garantir-se condições dignas de trabalho e, relativizar tais garantias de forma desmedida poderá acarretar em um grave retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRAMANTE, I. V. **Reforma trabalhista: o negociado sobre o legislado**. São Paulo: Ltr, 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1046 - Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente**. ARE 1121633 RG. Relator(a): Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgado em: 02 jun. 2022. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046#>. Acesso em: 18 mar. 2023.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Limites da liberdade individual na relação de trabalho e reforma trabalhista**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 83, n. 2, p. 285-301, abr./jun. 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Flexibilização dos direitos trabalhistas: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 187, p. 1-2, mar. 2018. Mensal.

COSTA, Vince Roar. À margem da lei. **Revista em Pauta**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 12, p. 131-148, 1998.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. **Revista TST**, Brasília, v. 67, n. 2, abr./jun. 2001.

- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **La costruzione della democrazia: teoria del garantismo costituzionale**. Bari: Laterza, 2021.
- FERRAJOLI, L. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, L. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 4. ed. Roma: Trotta, 2001.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GOULART FILHO, Antonio Cezar Quevedo. **Liberdade de disposição patrimonial no casamento: separação convencional de bens e condição de herdeiro necessário**. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 23., 2014, João Pessoa. Anais... João Pessoa: CONPEDI/UFPB, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6145e68bda614971>. Acesso em: 14 abr. 2023.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A reforma trabalhista no Brasil**. Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 181, p. 3, set. 2017.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- OIT. **Anuário Brasileiro de Proteção 2020. Indicadores globais**. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em < <https://ilostat.ilo.org/data/>>. Acesso em: 16 Mar. 2023.
- SÃO PAULO. Secretaria do Meio Ambiente. **Tratados e organizações ambientais em matéria de meio ambiente**. In: SÃO PAULO. Entendendo o meio ambiente. São Paulo, v. 1, 1999. Disponível em: <http://www.bdt.org.br/sma/entendendo/atual.htm>. Acesso em: 8 mar. 2023.
- SEKEFF, Gisela. **O emprego dos sonhos**. Domingo, Rio de Janeiro, v. 26, n. 1344, p. 30-36, 3 fev. 2002.
- VULCANO, Ana Carolina Soria. **Possibilidade de percepção cumulada dos adicionais de insalubridade e periculosidade**. Revista Jurídica, Anápolis, v. 1, n. 24, p. 67-77, jan./jun. 2015. Disponível em: <http://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1260/1166>. Acesso em: 02 abr. 2023.
- JACKMAN, Sophie. **Microsoft testa semana de trabalho de 4 dias e a produtividade sobe 40%**. Bloomberg, exame. 2019. Disponível em: <https://exame.com/carreira/microsoft-testa-semana-de-trabalho-de-4-dias-e-a-produtividade-sobe-40/>. Acesso em: 20 abr. 2023.
- VELOSO, Fernando; MATOS, Silvia; PERUCHETTI, Paulo. **Produtividade Total dos Fatores no Brasil: uma visão de longo prazo**. IBRE, FGV. 2020. Disponível em:

https://ibre.fgv.br/sites/ibre.fgv.br/files/arquivos/u65/nota_de_resultados_-_indicadores_de_ptf_anual_final_final.pdf. Acesso em: 20 abr. 2023.