

Organizador

Manoel Jorge e Silva Neto

DESAFIOS À AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

Estudos em homenagem ao
Professor José Augusto Rodrigues Pinto



ESMPU

Colaboradores

*Alexandre Agra Belmonte
André Jobim de Azevedo
Bruno Gomes Borges da Fonseca
Carlos Henrique Bezerra Leite
Daniella Moura Palha Costa
Felipe Mendes
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Gilberto Carlos Maistro Junior
Gustavo Filipe Barbosa Garcia
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Luciane Cardoso Barzotto*

*Luciano Martinez
Manoel Jorge e Silva Neto
Marcelo Freire Sampaio Costa
Marcelo Rodrigues Prata
Nelson Mannrich
Ney Maranhão
Rodolfo Pamplona Filho
Sílvia Helena Paráboli Martins Maluf
Vitor Salino de Moura Eça
Vitória Fernandes Guedes Silveira
Yone Frediani*



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Antônio Augusto Brandão de Aras
Procurador-Geral da República

Humberto Jacques de Medeiros
Vice-Procurador-Geral da República

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Paulo Gustavo Gonet Branco
Diretor-Geral

Manoel Jorge e Silva Neto
Diretor-Geral Adjunto

Carlos Vinícius Alves Ribeiro
Secretário de Educação, Conhecimento e Inovação

Tatiana Jebrine
Secretária de Comunicação Social Substituta

Ivan de Almeida Guimarães
Secretário de Administração

Rajiv Geeverghese
Secretário de Tecnologia da Informação

Organizador

Manoel Jorge e Silva Neto

DESAFIOS À AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

Estudos em homenagem ao
Professor José Augusto Rodrigues Pinto



Brasília-DF
2021

Colaboradores

*Alexandre Agra Belmonte
André Jobim de Azevedo
Bruno Gomes Borges da Fonseca
Carlos Henrique Bezerra Leite
Daniella Moura Palha Costa
Felipe Mendes
Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Gilberto Carlos Maistro Junior
Gustavo Filipe Barbosa Garcia
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho
Luciane Cardoso Barzotto*

*Luciano Martinez
Manoel Jorge e Silva Neto
Marcelo Freire Sampaio Costa
Marcelo Rodrigues Prata
Nelson Mannrich
Ney Maranhão
Rodolfo Pamplona Filho
Silvia Helena Paráboli Martins Maluf
Vitor Salino de Moura Eça
Vitória Fernandes Guedes Silveira
Yone Frediani*

© Copyright 2021. Todos os direitos autorais reservados.

ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
SGAS Quadra 603 Lote 22 · 70200-630 · Brasília-DF
www.escola.mpu.mp.br · divep@escola.mpu.mp.br

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL

Divisão de Editoração e Publicações

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Núcleo de Preparação e Revisão Textual

Carolina Soares

Núcleo de Produção Gráfica

Sheylise Rhoden

Preparação de originais e revisão de provas gráficas

Carolina Soares e Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Capa, projeto gráfico e diagramação

Sheylise Rhoden

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca da Escola Superior do Ministério Público da União)

D441

Desafios à autonomia negocial coletiva: estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto / Organizador: Manoel Jorge e Silva Neto ; Colaboradores: Alexandre Agra Belmonte ... [et al.]. – Brasília : ESMPU, 2021.
384 p.

ISBN (impresso) 978-65-88299-93-7
ISBN (eletrônico) 978-65-88299-95-1

1. Negociação coletiva de trabalho – Brasil. 2. Direito do trabalho – Brasil. 3. Arbitragem (direito do trabalho) – Brasil. 4. Conflito trabalhista – Brasil. 5. Autonomia privada – Brasil. 6. Reforma trabalhista – Brasil. 7. Proteção de dados pessoais – Brasil. 8. Sindicato – Brasil. 9. Liberdade sindical – Brasil. 10. Direitos coletivos – Brasil. 11. Sindicalismo – Brasil. I. Silva Neto, Manoel Jorge e, org. II. Belmonte, Alexandre Agra, colab. III. Título.

CDD 342.6

Elaborada por Vinicius Cordeiro Galhardo – CRB-1/2840

As opiniões expressas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos autores.
Distribuição gratuita. Venda proibida.

SUMÁRIO

Apresentação	
<i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	9
1 Homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto - Breves apontamentos sobre o instituto da transcendência	
<i>Alexandre Agra Belmonte</i>	13
2 Hora da arbitragem trabalhista	
<i>André Jobim de Azevedo e Vitória Fernandes Guedes Silveira</i>	55
3 Princípio da autonomia privada coletiva e a atuação do Ministério Público do Trabalho	
<i>Carlos Henrique Bezerra Leite</i>	73
4 Negociação coletiva e reforma trabalhista no Brasil	
<i>Flávia Moreira Guimarães Pessoa e Sílvia Helena Paráboli Martins Maluf</i>	97
5 Limites constitucionais da negociação coletiva	
<i>Gustavo Filipe Barbosa Garcia</i>	115
6 Reflexões sobre a possibilidade de sobreposição do negociado sobre o legislado	
<i>Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho</i>	129
7 LGPD e desafios recentes da negociação coletiva no Brasil	
<i>Luciane Cardoso Barzotto</i>	149
8 Os limites para o exercício da autonomia coletiva sindical: uma análise das fronteiras da negociação coletiva de trabalho	
<i>Luciano Martinez</i>	175

9 Autonomia negocial coletiva: aspectos constitucionais e interdisciplinares acerca do Tema n. 1.046 <i>Manoel Jorge e Silva Neto</i>	195
10 Força expansiva normativa da negociação coletiva <i>versus</i> a vedação do retrocesso social. Embate ponderativo necessário. Análise crítica da jurisprudência do TST <i>Marcelo Freire Sampaio Costa e Daniella Moura Palha Costa</i>	209
11 O problema da obrigatoriedade de negociação coletiva antes do despedimento em massa <i>Marcelo Rodrigues Prata</i>	231
12 Trabalhador <i>hipersuficiente</i> e a <i>juventude</i> do Direito do Trabalho: reflexões acerca do parágrafo único do art. 444 da CLT <i>Nelson Mannrich</i>	257
13 Democracia e sindicalismo na contemporaneidade: breves notas reflexivas <i>Ney Maranhão e Felipe Mendes</i>	275
14 Autonomia privada coletiva, negociação coletiva e pluralidade sindical: reflexões sobre a possível superação democrática da crise do modelo sindical brasileiro <i>Rodolfo Pamplona Filho e Gilberto Carlos Maistro Junior</i>	297
15 Legitimidade da atuação das associações sindicais e razão comunicativa <i>Vitor Salino de Moura Eça e Bruno Gomes Borges da Fonseca</i>	331
16 O porvir da autonomia negocial coletiva <i>Yone Frediani</i>	355

APRESENTAÇÃO

“Porque [...] ninguém deve aprender e guardar o pouco que aprendeu; quem aprende deve transmitir [...] E foi ensinando que tive também a possibilidade de escrever. [...] foi o legado que [...] pensei em deixar para o futuro.”

(José Augusto Rodrigues Pinto)

É com imensa satisfação que a Escola Superior do Ministério Público da União apresenta a publicação “Desafios à autonomia negocial coletiva – Estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto”.

O Jurista e Professor Rodrigues Pinto completará no próximo ano sete décadas de exímio desempenho profissional nos mais diversos domínios do Direito, sendo notável a sua contribuição como docente e doutrinador reconhecido no Brasil e no exterior.

A presente publicação, que se enforma no debate e se destina à difusão do conhecimento, se inspira na prolífica e destacadamente qualitativa produção científica do Professor Rodrigues Pinto.

Aqui se observará a generosa contribuição de juristas comprometidos com a realidade de seu tempo – assim como foi e é o Professor Rodrigues Pinto.

“Desafios à autonomia negocial coletiva” encerra textos cuidadosamente elaborados; e compõe, sobretudo, afinada orquestra que entoia a música mais linda proveniente da alma: o cântico da gratidão.

Muito obrigado, Professor José Augusto Rodrigues Pinto!

Manoel Jorge e Silva Neto

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público do União



JOSÉ AUGUSTO RODRIGUES PINTO

Advocacia, magistratura e magistério marcam a carreira do baiano José Augusto Rodrigues Pinto, nascido na cidade de Salvador, em 7 de maio de 1929.

Após formação consolidada em sua cidade natal, em 1952, o bacharel deu seguimento à prática profissional no Estado de São Paulo, onde exerceu a advocacia, perpassando o Direito Penal e o Direito Civil para então, e sob influência deste – por atuar no direito empresarial mediante as relações patronais e profissionais –, ancorar-se no Direito do Trabalho.

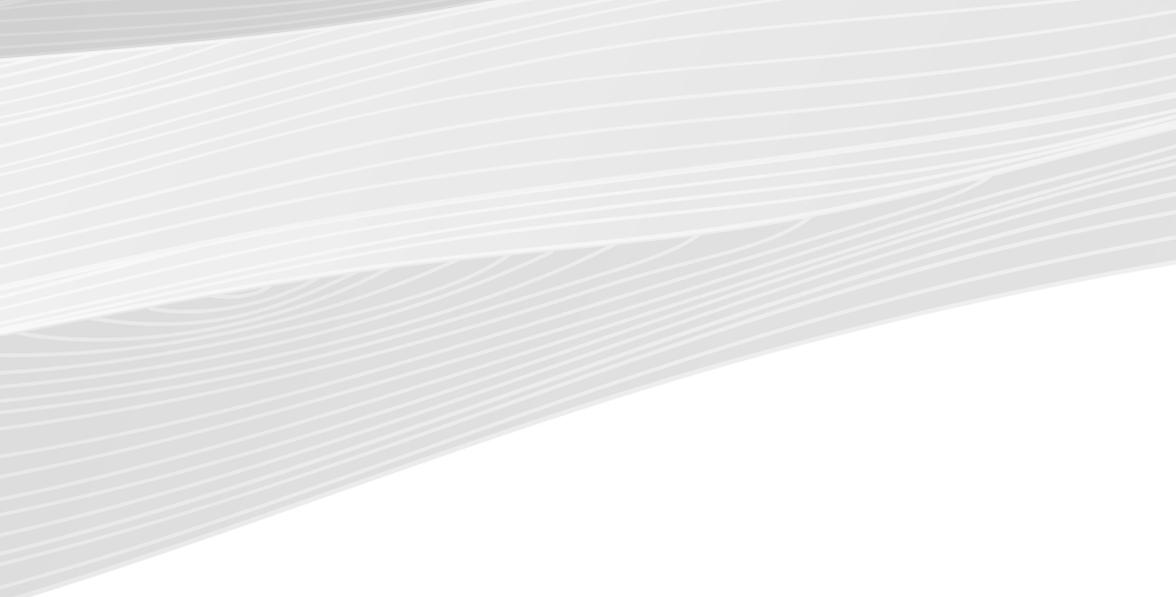
Em 1965, ingressou na carreira da magistratura trabalhista, atuando inicialmente como Juiz do Trabalho Substituto da 5ª Região e, posteriormente, como Juiz Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento. Por vezes, foi convocado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região para exercer o cargo de Juiz togado.

Durante a magistratura, por vezes, conciliou suas atividades com a docência. Foi professor assistente na Universidade Federal da Bahia e na Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador. Ainda hoje leciona e coordena o Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho da Fundação Faculdade de Direito da Bahia e da Escola da Magistratura Trabalhista do Tribunal Regional do Trabalho da 19ª Região.

Além de autor de diversas obras e artigos, é também titular da Cadeira n. 79 da Academia Nacional do Trabalho e da Cadeira n. 40 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia.

Fontes: Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Disponível em: <http://aljba.org.br/jose-augusto-rodrigues-pinto/>

Banco de Memórias e Histórias de Vida da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Disponível em: <http://www.andt.org.br/banco-de-memorias>



ALEXANDRE AGRA BELMONTE

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).
Membro da Academia Brasileira de Direito do
Trabalho. Doutor em Direito.

BREVES APONTAMENTOS SOBRE O INSTITUTO DA TRANSCENDÊNCIA

Sumário: 1 Homenagem. 2 Introdução. 3 Os Recursos de Revista e de Embargos na interpretação e aplicação uniforme do Direito Objetivo. 4 Recurso de Revista (art. 896, Consolidação das Leis Trabalhistas). 5 Cabimento do Recurso de Revista. 5.1 Exame inicial de admissibilidade. 5.2 Pressupostos do Recurso de Revista. 6 Efeitos dos recursos e, em especial, do Recurso de Revista. 7 Pressuposto prévio de transcendência. 8 Natureza jurídica da transcendência e a Arguição de Relevância. 9 Espécies de transcendência. 9.1 Transcendência econômica. 9.2 Transcendência política. 9.3 Transcendência social. 9.4 Transcendência jurídica. 10 Jurisprudência defensiva? 11 Diferenças de tratamento no exame da transcendência. 12 Efeitos da decisão monocrática ou colegiada de intranscendência. 13 Competência privativa do TST. 14 Cabem Ação Rescisória e Mandado de Segurança? 15 Conclusão.

1 HOMENAGEM

Quando me pediram para escrever um texto em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto, pensei bastante e cheguei à conclusão de que a melhor forma de fazê-lo seria abordando um tema sobre processo, matéria de sua preferência.

Ouvi falar de Rodrigues Pinto pela primeira vez em 1988, quando advogava numa questão cível para a Juíza Maria Elisabeth Tude Junqueira Aires. Ela tinha admiração pelo seu conterrâneo baiano, o que me levou a procurar as suas obras e com elas me encantar.

O tempo passou e acabou me conferindo o privilégio de conviver com o Professor Rodrigues Pinto na Academia Brasileira de Direito do Trabalho e também fora dela, quando tive a honra de atuar como professor em cursos de pós-graduação por ele coordenados na Universidade Federal da Bahia (UFBA).

Pela trajetória, o Professor Rodrigues Pinto é, independentemente de tantas outras por ele coordenadas ou de cunho próprio, merecedor desta homenagem, que pela adesão ficará imortalizada na história de vida de quem tanto fez pela construção de um processo lacunoso, mas com sua intervenção em lições, mais justo para a regência instrumental das relações de trabalho.

2 INTRODUÇÃO

O tema que escolhi foi o do instituto jurídico da transcendência, incluído na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) por força da Medida Provisória n. 2.226, de 4.9.2001.

Por meio do art. 896-A, determinou-se ao Tribunal Superior do Trabalho (TST) que no Recurso de Revista examine previamente se a causa oferece transcendência, conforme apuração, entre outros indicadores, pelos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.

Cuidando-se de norma de conteúdo aberto, chegou o Tribunal Superior do Trabalho, naquela ocasião, à conclusão de que dependeria de regulamentação legislativa para a sua definição e formas de aplicação.

A reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) veio então a regulamentar, por meio da inserção dos §§ 1º a 6º no art. 896-A da CLT, a forma de aplicação da transcendência, sendo daí dedutível a sua definição. Cuida-se de pressuposto prévio de admissibilidade do Recurso de Revista, por meio de juízo deliberatório, condicionado, pelo menos,¹ à relevância econômica, política, social ou jurídica da questão objeto de recurso, conforme critérios de exame definidos em lei.

Considerando os efeitos da nova lei no tempo, o Regimento Interno do TST determina, no art. 246, o exame da transcendência em todos os Recursos de Revista cujas decisões proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho forem publicadas a partir do dia 11 de novembro de 2017.

Nota-se, pela definição de cada um dos indicadores previstos em lei, que o exame prévio da transcendência ultrapassa os interesses

1 Outros indicadores de transcendência podem ser detectados, a critério do Relator.

subjetivos do processo,² ou seja, cuida-se da necessidade de verificação, no Recurso de Revista, da essência do tema que constitui o seu objeto, para efeito de admissibilidade. O tema só será relevante para efeito de apreciação pelo TST quando se sobrepuser ou transcender os interesses particulares dos litigantes, diante, entre outros, de indicadores de natureza econômica, política, social ou jurídica que ensejem o exame.

Enfim, além dos pressupostos extrínsecos de regularidade de apresentação do recurso e dos pressupostos intrínsecos de cabimento e de demonstração, no recurso, da contrariedade à lei federal, à Constituição ou à jurisprudência uniforme do TST ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF), ou de divergência jurisprudencial, a novel lei impõe, para apreciação substancial do recurso, a necessidade de prévio exame, em juízo delibatório,³ da relevância social, econômica, política ou jurídica do tema objeto do recurso.

O problema está em que ao mesmo tempo em que se exige no recurso o exame da transcendência, considerando-o socialmente relevante para fazer o Tribunal Superior do Trabalho atuar diante da questão em debate, ele deixa de ser apreciado se não forem atendidos os demais pressupostos de admissibilidade, extrínsecos ou intrínsecos.

Tentemos, portanto, superar essa *vexatia quaestio*, buscando a conciliação entre o não conhecimento do recurso pela falta de atendimento aos demais pressupostos de admissibilidade, não obstante a relevância, pela essência, da questão em debate.

Para isso, é preciso primeiro assimilar de modo preciso a real função do Tribunal Superior do Trabalho como Corte Superior e o objetivo do Recurso de Revista nesse contexto, para avaliação se o instituto da transcendência resulta em efetiva contribuição para o processo do trabalho.

2 ABDALA, Vantuil. O pressuposto da transcendência (e algumas preocupações). *Revista Consultor Jurídico*, [online], 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/vantuil-abdala-pressuposto-transcendencia-algumas-preocupacoes>. Acesso em: 17 mar. 2020.

3 Juízo delibatório é um juízo inicial e superficial de avaliação ou verificação de adequação a requisitos.

3 OS RECURSOS DE REVISTA E DE EMBARGOS NA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO UNIFORME DO DIREITO OBJETIVO

O Tribunal Superior do Trabalho tem por competência velar pela interpretação uniforme do Direito Objetivo e pelo controle de sua aplicação em todo o território nacional. Ordinariamente, desempenha essa função por meio do julgamento dos recursos de Revista e de Embargos.

O Recurso de Revista (recurso externo ou de processamento iniciado no Tribunal Regional do Trabalho) examinado por Turma do TST visa afastar as violações da lei federal e da Constituição Federal e pacificar a jurisprudência diante de divergências de interpretação da lei entre Regionais ou de decisão regional com a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou sumulado de forma vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

O Recurso de Embargos (recurso interno ou de processamento iniciado no âmbito do TST), examinado pela Subseção I de Dissídios Individuais, objetiva pacificar a jurisprudência interna dissonante entre Turmas do TST.

Iremos nos deter apenas sobre o Recurso de Revista, uma vez que somente a ele se aplica o instituto da transcendência.

4 RECURSO DE REVISTA (ART. 896, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS)

Pela CLT originária, o Recurso de Revista atendia pela alcunha de recurso extraordinário, para diferenciá-lo do recurso ordinário, cabível contra as sentenças nos dissídios individuais, e as normativas.

A alteração da nomenclatura ocorreu pelo fato de que na Justiça do Trabalho não existia previsão legal de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, não obstante se verificasse a necessidade de controle de constitucionalidade das decisões da Corte Superior Trabalhista pela Corte Suprema.

Reconhecido pelo STF o cabimento das decisões do TST que violassem a Constituição Federal e para que não coexistissem dois recursos homônimos, com objetivos diferentes, pela Lei n. 861, de

13.10.1949, o então recurso extraordinário trabalhista recebeu a denominação de Recurso de Revista, que atualmente ostenta.

O Recurso de Revista continua sendo, no entanto, um recurso de natureza extraordinária, porque cabível apenas *numerus clausus*, e, portanto, técnico, motivo pelo qual não pode ser manejado pela parte no exercício do *jus postulandi*. Carece de formulação por advogado, habilitado para a identificação das hipóteses específicas de cabimento e adequação dos motivos da insurgência aos requisitos formais de admissibilidade.

5 CABIMENTO DO RECURSO DE REVISTA

Cabível nos dissídios individuais contra acórdãos dos Tribunais Regionais do Trabalho em recursos ordinários e agravos de petição,⁴ o Recurso de Revista tem por função afastar divergências ou contrariedades em relação à interpretação e aplicação do Direito Objetivo, visando mantê-lo íntegro em todo o território nacional.

Tem por objetivos específicos:

- o controle da aplicação da lei, no que visa corrigir violações à lei federal ou à norma constitucional; e
- o controle da jurisprudência para o ajuste:
 - a. das decisões regionais conflitantes a uma só interpretação; e
 - b. das decisões regionais à jurisprudência já pacificada no TST (uniforme) e em súmulas vinculantes do STF.

5.1 EXAME INICIAL DE ADMISSIBILIDADE

A sua admissibilidade é examinada primeiramente pela presidência ou vice-presidência do Tribunal Regional do Trabalho, que

4 Restrição feita aos processos de procedimento sumário, em que não cabe Recurso de Revista, exceto por afronta à Constituição; aos processos de procedimento sumaríssimo, salvo se a decisão violar direta e literalmente dispositivo da Constituição Federal ou contrariar Súmula do TST; às execuções de sentença, se houver violação direta e literal de dispositivo da Constituição da República.

verificará a presença ou não, diante da decisão atacada, dos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de cabimento do recurso, admitindo-o ou não para exame pelo Tribunal Superior do Trabalho.

A respeito dispõe o art. 896, § 1º, que: "O recurso de revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será interposto perante o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, que, por decisão fundamentada, poderá recebê-lo ou denegá-lo".

Contudo, o despacho de admissibilidade do recurso não vincula o TST, que pode superá-lo no exame da revista, assim como o de inadmissibilidade pode ser superado mediante provimento de Agravo de Instrumento dirigido ao TST e manejado contra o despacho de trancamento do Recurso de Revista.

O Agravo de Instrumento dirigido à Corte Superior contra o despacho denegatório de seguimento do recurso para o TST é, sob pena de preclusão e trânsito em julgado parcial, necessário também quanto aos capítulos do acórdão impugnado inadmitidos, se a admissão do recurso pela Corte Regional não for total.

Com efeito, nos termos do art. 12 da Instrução Normativa do TST n. 39/2016:

Aplica-se ao Processo do Trabalho o parágrafo único do art. 1034 do CPC. Assim, admitido o recurso de revista por um fundamento, devolve-se ao Tribunal Superior do Trabalho o conhecimento dos demais fundamentos para a solução apenas do capítulo impugnado.

5.2 PRESSUPOSTOS DO RECURSO DE REVISTA

5.2.1 PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

O Recurso de Revista, para ser apreciado, exige o atendimento de pressupostos extrínsecos, de pressupostos intrínsecos e, agora, de pressuposto prévio deliberatório de transcendência.

São pressupostos extrínsecos os essencialmente formais de apresentação do recurso, que dizem respeito ao preparo, à regularidade de representação, à tempestividade e à alçada.

Nos termos do art. 896, § 14, da CLT:

O relator do recurso de revista poderá denegar-lhe seguimento, em decisão monocrática, nas hipóteses de intempestividade, deserção, irregularidade de representação ou de ausência de qualquer outro pressuposto extrínseco ou intrínseco de admissibilidade.

Da decisão que no TST o Relator monocraticamente denegar seguimento ao Recurso de Revista caberá agravo para revisão colegiada da decisão (art. 896, § 12, da CLT).

O preparo consiste na comprovação do pagamento das custas e do depósito recursal, este limitado ao valor da condenação. As custas serão pagas pela parte vencida (art. 789, § 4º, da CLT), mas o depósito recursal, fiança bancária ou seguro garantia judicial cabe exclusivamente ao empregador, ainda que vencido apenas em parte (art. 899, §§ 1º e 11, da CLT).

O valor do depósito recursal em Recurso de Revista é estabelecido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em ato específico.

São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial (art. 899, § 10, CLT).

O valor do depósito recursal é devido por metade em relação a entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte (§ 9º).

No tocante à tempestividade, o prazo para a interposição do Recurso de Revista é de oito dias, a contar da data de publicação do acórdão regional.

Conforme preceitua o art. 1º, III, do Decreto Lei n. 779/1969, o prazo para interposição de recurso pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes de direito público é contado em dobro. Têm dezesseis dias para recorrer de revista.

Essa prerrogativa também se estende para a oposição de Embargos de Declaração (Orientação Jurisprudencial n. 192 do TST).

Quanto à representação processual, a parte deve estar regularmente representada por advogado, e com poderes contemporâneos à apresentação do recurso atuais para representá-la, o que pode dar-se por meio de mandato expresso ou tácito. Ao contrário da procuração ou substabelecimento com registro dos poderes,

o mandato tácito se caracteriza pelo comparecimento do advogado à audiência, em assistência à parte, conforme Orientação Jurisprudencial n. 286 da SBDI-I do TST.

Em se tratando de pessoa jurídica, é necessário constar expressamente da procuração o nome de seu signatário (Orientação Jurisprudencial n. 373 da SBDI-I do TST).

Nos termos do art. 896, § 11, da CLT: "Quando o recurso tempestivo contiver defeito formal que não se repute grave, o Tribunal Superior do Trabalho poderá desconsiderar o vício ou mandar saná-lo, julgando o mérito".

Logo, deve ser concedido à parte o prazo de 15 dias previsto no CPC para regularizar defeitos como representação (procuração e substabelecimento), insuficiência de recolhimento das custas e depósito recursal, adequação da fiança bancária ou do seguro garantia judicial aos termos do Ato da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho etc.

5.2.2 PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

São pressupostos intrínsecos as hipóteses de cabimento previstas em lei (divergência jurisprudencial, controle da jurisprudência uniforme do TST e súmula vinculante do STF e violação da lei federal ou da Constituição – art. 896, "a" a "c", da CLT).

A Subseção I de Dissídios Individuais pacificou a jurisprudência divergente das Turmas do TST, entendendo tratar-se de pressuposto intrínseco do Recurso de Revista a demonstração analítica, comparativa, em destaque, válida e atual, da divergência jurisprudencial, da violação da lei federal ou da Constituição, ou da contrariedade a Súmula do TST ou do STF (art. 896, § 1º-A, I a IV, da CLT).

6 EFEITOS DOS RECURSOS E, EM ESPECIAL, DO RECURSO DE REVISTA

Os efeitos dos recursos podem ser:

- devolutivo, consistente na devolução ao Tribunal da matéria impugnada;

- suspensivo, referente à suspensão dos efeitos da decisão até a apreciação pelo Tribunal;
- substitutivo, relativo à substituição da decisão *a quo* por outra, pela instância *ad quem*;
- translativo, quanto à transferência, ao Tribunal, do exame de questões e fundamentos não antes examinados pela instância *a quo*, neste caso inclusive com substituição da decisão por outra;
- expansivo, o que define as consequências subjetivas e objetivas do recurso, antes não determinadas; e
- regressivo, consistente na possibilidade de retratação ou reconsideração pela mesma instância prolatora da decisão recorrida.

Pela celeridade que caracteriza o processo trabalhista, o efeito normal dos recursos trabalhistas é o devolutivo, que, ao não suspender os efeitos da decisão, permite a execução provisória da decisão impugnada (art. 899, *caput*, da CLT), desde que não irreversível (vedados, por exemplo, os atos de alienação).

Evidentemente, em casos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, poderá ser liminarmente concedido efeito suspensivo ao recurso trabalhista.

Se provido o recurso, dar-se-á o efeito substitutivo da decisão impugnada, no que tiver sido objeto de impugnação ou nos demais casos de conhecimento de ofício previstos em lei.

Se o recurso não for admitido ou provido, não se verificará o efeito substitutivo da decisão impugnada. Pelo que eventual rescisória deverá ser dirigida contra a decisão de 1º grau. Mas se o recurso não for conhecido ou provido com base em Súmula ou OJ, a decisão é de mérito, pela integração desse fundamento no julgado, e assim ocorrerá efeito substitutivo (Súmula n. 192 do TST).

O recurso trabalhista poderá ainda produzir efeito translativo, consistente na transferência ao Tribunal do exame de questões e fundamentos não examinados pela instância antecedente, com substituição da decisão por outra.

No caso do recurso ordinário, o efeito devolutivo devolve ao Tribunal o conhecimento da matéria objeto de recurso, para o seu reexame e das questões a ela atinentes, de fato e de direito.

Quanto à extensão do referido efeito devolutivo, aplica-se a regra *tantum devolutum quantum appellatum*: a quantidade da devolução de matérias está limitada ao tanto que é objeto de impugnação. Daí resulta que questões anteriores à sentença, não decididas e não impugnadas, que não são de ordem pública, são, em princípio, atingidas pela preclusão.

Todavia, dar-se-á obrigatoriamente no recurso ordinário o conhecimento, independentemente de alegações das partes no recurso (com efeito translativo), de questões relativas a matérias de ordem pública (legitimidade, competência, coisa julgada), mesmo que já tenham sido objeto de anterior decisão interlocutória (art. 485, IV, V e VI c/c § 3º, do CPC).

Quanto à profundidade da devolução de matérias no recurso ordinário: a) todas as questões (e não pedidos) suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado, devem ser apreciadas (art. 1.013, § 1º, do CPC); e b) todos os fundamentos da inicial e defesa (teses), quando tiver mais de um, ainda que o juiz tenha considerado apenas um deles na sentença (art. 1.013, § 2º, do CPC).

Matérias são os pedidos formulados na inicial e na defesa. Podem ser materiais ou processuais.

Capítulos são as unidades autônomas de conteúdo decisório contidos no dispositivo da decisão judicial.

Ponto ou argumento é o fundamento de fato ou de direito alegado pela parte em seu favor.

Questão é aspecto ou ponto do mérito controvertido ou duvidoso.

Logo, exemplificando, se o empregador pede o reconhecimento da justa causa para a resolução do contrato, alegando desídia e mau procedimento, há um pedido (matéria a ser apreciada) e duas causas de pedir próximas, que são fundamentos de direito. Se controvertidas, transformam-se em questão a ser dirimida pelo juiz.

Para fortalecer essas causas de pedir, a parte se utiliza de argumentos, que são os fundamentos de fato embaixadores da pretensão. Se controvertidos, transformam-se em questão a ser apreciada pelo magistrado.

Como já adiantado, a falta de decisão, sem prequestionamento, quanto a matéria não decidida, em princípio, importa em preclusão.

Ocorre que, no exame em profundidade do recurso ordinário, a descon sideração de fundamento ou argumento, quando apresentado mais de um, não impede o conhecimento dos demais. Como exemplo, empregada dispensada sem justa causa pede reintegração alegando dois fundamentos – gravidez e garantia cipeira. O tribunal, embora negando o recurso patronal quanto ao primeiro fundamento, deve conhecer do segundo e se for o caso pode dar a ele provimento, embora não apreciado em 1º grau.

Nos termos do art. 1.013, § 2º, do CPC, se autor ou réu apresentarem vários fundamentos para o pedido ou defesa, o acolhimento de apenas um deles não impede o conhecimento dos demais, pois será devolvida toda a matéria suscitada em 1º grau.

O que não é possível é a apresentação de argumento não apresentado para debate (inovação), exceto se para oposição a argumento somente apresentado na sentença. Ou seja, se o pedido não foi apreciado sob qualquer argumento, sem prequestionamento (compensação, prescrição), ocorre a preclusão.

Sobre o assunto, enuncia a Súmula n. 393 do TST:

I - O efeito devolutivo em profundidade do recurso ordinário, que se extrai do § 1º do art. 1.013 do CPC/2015 (art. 515, § 1º, do CPC de 1973), transfere ao Tribunal a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao capítulo impugnado.

Daí resulta que, em caso de reversão da improcedência da ação, o tribunal pode conhecer de prescrição, compensação e dedução de valores arguidas em contestação, bem como do cerceio de defesa, com protesto, ainda que não renovados em contrarrazões. Não o fazendo, viola o art. 832 da CLT.

II - Se o processo estiver em condições, o tribunal, ao julgar o recurso ordinário, deverá decidir desde logo o mérito da causa, nos termos do § 3º do art. 1.013 do CPC/2015, inclusive quando constatar a omissão da sentença no exame de um dos pedidos (Súmula n. 393 do TST).

Assim ocorre porque, se o réu não era sucumbente, fica desobrigado de interpor recurso a respeito, por falta de interesse e

também, pela mesma razão, de alegar a matéria em contrarrazões de recurso ordinário.

De igual sorte, se o Tribunal reforma a decisão para acolher os pedidos, deve se manifestar sobre o requerimento contido na contestação de dedução dos descontos previdenciários sobre o montante eventualmente devido.

O Recurso de Revista é dotado apenas de efeito devolutivo, ou seja, sem suspender a execução da decisão, somente devolve à instância superior o conhecimento da matéria impugnada.

Pela natureza extraordinária do Recurso de Revista, exceto quanto à tempestividade, irregularidade de representação, deserção ou alçada, ele não permite o efeito translativo, ou seja, que as matérias de ordem pública não impugnadas (coisa julgada, incompetência, litispendência) sejam, por extensão, devolvidas ao TST para conhecimento de ofício. Deverão ser objeto de recurso.

Também não se aplica ao Recurso de Revista o conhecimento, em profundidade, dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença. Diferentemente do que ocorre no recurso ordinário, há necessidade de recurso específico, ainda que adesivo, ou de renovação em contrarrazões.

De forma prática, o fundamento constante da inicial ou como matéria de defesa, não apreciado em 1º grau, porque a parte foi vencedora na questão, deve ser necessariamente apreciado pelo Tribunal Regional quando modifica o resultado, independentemente de renovação em contrarrazões. Mas a omissão enseja impugnação mediante Embargos de Declaração e de preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional perante o TST (fundamento que deveria ter sido apreciado pelo TRT em relação à sentença de 1º grau e não foi), para que o TRT complemente a jurisdição, exceto se a matéria for de direito e passível desde logo, porque madura, de ser apreciada.

Conforme Instrução Normativa n. 40 do TST: "Admitido apenas parcialmente o recurso de revista, constitui ônus da parte impugnar, mediante agravo de instrumento, o capítulo denegatório da decisão, sob pena de preclusão". Ou seja, não é automaticamente devolvida ao TST toda a matéria impugnada no recurso, caso admitido apenas parcialmente. O capítulo da decisão regional

cujo recurso não foi admitido pelo despacho de admissibilidade da revista enseja o manejo do recurso de Agravo de Instrumento dirigido ao TST, contra essa parte inadmitida do recurso pelo regional.

7 PRESSUPOSTO PRÉVIO DE TRANSCENDÊNCIA

Para sanar violações ou resolver divergências (pressupostos intrínsecos ou de cabimento do recurso) é preciso que o apelo atenda os pressupostos extrínsecos (regularidade de apresentação).

Ocorre que não bastam o cabimento do recurso (decorrente da presença dos pressupostos intrínsecos) e a presença dos pressupostos extrínsecos de sua admissibilidade. O Recurso de Revista, pela sua natureza extraordinária, não tem por função rever a decisão regional, e sim, se for o caso, adequá-la à lei e/ou à interpretação uniforme. A revisão de fatos e provas para o exame da justiça da decisão fica restrita ao segundo grau de jurisdição.

Com efeito, a função do TST é de uniformizar teses. Não terá como cumpri-la, mormente diante do volume de processos que chegam à Corte, se, casuisticamente, se detiver no exame de recursos em questões velhas, já apreciadas em primeiro grau e reapreciadas em segundo, e que não têm significado econômico, social ou jurídico.

Para cumprir com eficiência e celeridade a sua missão, torna-se relevante para o Tribunal Superior do Trabalho a escolha dos processos que permitam o debate: sobre questões novas; sobre aquelas que revelem conteúdo econômico capaz de impactar a continuidade da empresa; sobre questões envolvendo os direitos sociais; e sobre as atinentes ao controle de sua jurisprudência e da do STF. E para isso, o recurso precisa oferecer questão que, em sua essência, transcenda os interesses particulares das partes, de forma a revelar, entre outros, os efeitos da decisão atacada quanto aos seus reflexos econômicos, políticos, sociais e jurídicos.

O requisito da transcendência permite, quando menos, que seja revisto o papel do próprio Recurso de Revista quanto à sua natureza extraordinária.

Se a decisão atacada viola a jurisprudência sumulada do TST ou do Supremo Tribunal Federal, ou mesmo matéria de repercussão

geral ou matéria suspensa no âmbito da Justiça do Trabalho em virtude de recurso repetitivo ou de assunção de competência, o Recurso de Revista contra decisão que coloque em xeque tais aspectos tem relevância suficiente para merecer apreciação, oferecendo transcendência política.

Se a questão é nova, em torno da interpretação da legislação trabalhista, também oferece transcendência (jurídica), pela sua importância para fixação de tese destinada a pacificar o entendimento a respeito no âmbito da Justiça do Trabalho.

De igual sorte, se a questão debatida coloca em jogo a compreensão sobre a interpretação de um direito social nas relações de trabalho, o interesse social a respeito (transcendência social), também caracteriza a relevância do tema para o exame e fixação de tese pelo TST, por meio de Recurso de Revista.

Finalmente, se a condenação que favorece um trabalhador tem alto valor econômico e pode ensejar baque ou perigo à continuidade da empresa que gera empregos a outros trabalhadores, oportunidade de serviços à sociedade e tributos para o Estado cumprir a sua função distributiva (transcendência econômica), cuida-se, igualmente, de interesse social, que se sobrepõe aos interesses particulares, ensejando a necessidade da apreciação do recurso.

8 NATUREZA JURÍDICA DA TRANSCENDÊNCIA E A ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA

Nos termos da lei, deverá ser feito exame prévio se a causa oferece transcendência. Prévio a quê? Só pode ser aos pressupostos extrínsecos e intrínsecos de exame posterior.

Logo, trata-se de exame formal de relevância da questão submetida ao TST, antecedente aos pressupostos processuais em juízo de delibação.

O critério de análise da presença dos indicadores é objetivo. O exame posterior e substancial, no entanto, poderá levar à constatação de aspectos que justifiquem a decisão proferida, apesar da transcendência, e a reafirmem para efeito de produção de tese. Afinal, o fato do conhecimento em razão da transcendência não significa que a decisão atacada esteja em desajuste com o Direito Objetivo, e sim que é importante para o tribunal a apreciação da questão.

O instituto da transcendência se afasta da Arguição de Relevância, então criada para permitir a interposição de Recurso Extraordinário para o STF, nas hipóteses em que era incabível.

Logo, ao contrário do referido recurso, que tinha objetivo de inclusão (*writ of certiorari*), funcionando para conhecimento diante de atentados à repercussão jurídica, moral, social, política ou econômica, o instituto da transcendência não se sobrepõe aos pressupostos extrínsecos e intrínsecos do Recurso de Revista e muitas vezes com eles se confunde, numa dupla apreciação da mesma situação. Ou seja: a) apesar da relevância ou transcendência da questão veiculada no recurso, poderá ser obstado caso não preenchidos aqueles pressupostos; e b) não foi idealizado para incluir, e sim para afastar o exame dos recursos que não envolvem questões sociais, econômicas, políticas ou jurídicas relevantes, assim entendidas as que não oferecem transcendência sobre os interesses particulares das partes.

9 ESPÉCIES DE TRANSCENDÊNCIA

A transcendência pode ser, entre outros reflexos indicadores de sua verificação:

- Econômica
- Política
- Social
- Jurídica

Os reflexos de uma decisão em Ação Civil Pública em empresa de atuação nacional, com abrangência nacional da decisão, podem ser outro indicador, além dos expressamente previstos em lei (o rol não é exaustivo), ainda que não ofereça relevância puramente pelo aspecto econômico, social ou jurídico.

9.1 TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA

É revelada, segundo a lei, pelo elevado valor da causa.

Valor da causa deve ser interpretado como o valor da repercussão econômica da decisão (condenação), considerados o pleito e o porte econômico da empresa.

Trata-se, portanto, de indicador dirigido à verificação de excesso ou teratologia nas condenações empresariais, visando preservar a continuidade da atividade produtiva e a geração de empregos, oportunidades e tributos, em benefício da sociedade, e que, assim, num exame formal e perfunctório, transcende os interesses individuais do favorecido pela condenação regional para efeito de prévia admissão recursal.

Por outro lado, o valor da causa ou da condenação decorre do somatório de pedidos. E para os fins da lei, o elevado valor econômico deve ficar restrito ao(s) capítulo(s) impugnado(s) da decisão. Ou seja, contendo a decisão impugnada vários capítulos, somente aquele que revelar elevado valor de condenação poderá, se for o caso, oferecer transcendência.

Aqui, no entanto, cabe uma crítica ao legislador: é que valor ínfimo de condenação em relação ao bem jurídico postulado, revelando teratologia, também demanda a conveniência da apreciação do recurso.

A solução, diante da restrição feita na lei, é considerar a hipótese, caso dela não transpareça transcendência social, como o rol de indicadores não é exaustivo, a presença de um novo indicador de transcendência, ou seja, o ínfimo ou teratológico valor da condenação, comparado ao bem jurídico postulado.

Outra questão de relevo é a necessidade de se criar um critério objetivo para a revelação do alto valor econômico.

Pensamos que se para considerar que um recurso é sumaríssimo, a não ensejar Recurso de Revista, exceto nos casos previstos em lei, o critério adotado pelo legislador é quarenta salários mínimos, que deva, por lógica e simetria, em interpretação analógica e sistemática, ser considerado o valor de corte para efeito de transcendência econômica.

9.2 TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA

Cuida-se do desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do TST ou do STF.

Evidentemente, a norma merece interpretação ampliativa. Pelas mesmas razões que ensejam a relevância do reconhecimento da transcendência pelo desrespeito da instância recorrida à

jurisprudência sumulada do TST ou do STF, também a justifica o desrespeito a:

- orientações jurisprudenciais da SDI;
- teses firmadas em IRR e IAC;
- jurisprudência pacífica, notória e reiterada da SDI; e
- suspensão derivada de repercussão geral ou de suspensão da matéria na Justiça do Trabalho, derivada do exame de IRR ou IAC.

9.3 TRANSCENDÊNCIA SOCIAL

Aqui se trata de postulação de direito social assegurado na Constituição Federal e em jogo ou desrespeitado na decisão recorrida.

Os direitos sociais são os previstos, entre outros, nos arts. 6º a 11 e 170, e no 10 do ADCT, além dos reconhecidos na legislação infraconstitucional (cotas de inclusão empregatícia, adaptação razoável do deficiente físico no ambiente de trabalho) e na jurisprudência, por força da parte final do art. 7º, *caput*, da CF (extensão da estabilidade à mãe adotante; estabilidade pré-aposentadoria etc.).

Além dos direitos sociais *stricto sensu* e dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores, os direitos inespecíficos previstos no art. 5º da CF, que se tornam sociais quando aplicados nas relações de trabalho, também podem ensejar a admissibilidade do recurso, a exemplo das liberdades de consciência, crença e expressão, e do trabalho forçado.

Novamente cabe crítica ao legislador, quando restringe os direitos sociais ao trabalhador.

Com efeito, a decisão trabalhista pode atingir terceiros de boa-fé em relação a direitos como aquisição de imóvel sobre o qual não havia registro de incidência de ônus trabalhista e bem de família, revelando, até mesmo na execução de sentença, a ofensa a um direito fundamental que não é do trabalhador na relação jurídica *sub judice*.

Assim, ou se interpreta de forma ampliativa a norma, ou se consideram hipóteses tais como novo indicador de transcendência, consubstanciado na ofensa social a terceiros de boa-fé.

9.4 TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA

É caracterizada pela existência de questão nova, inclusive processual, em torno da interpretação da legislação trabalhista, a ensejar a formulação de tese a ser aplicada no exame das questões processuais ou materiais trabalhistas. As questões novas, pela repetição ou pela relevância, podem, inclusive, escolhidas pelo critério da transcendência, tornarem-se objeto de IRR ou de IAC (transcendência reflexa).

Diante da diversidade de capítulos da decisão regional, nada impede que os indicadores de transcendência ocorram de forma cumulativa, ou que se apresentem de forma distinta nos vários capítulos da decisão submetida a julgamento.

10 JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA?

Alega-se que a transcendência faz o TST perder a sua função corretiva da violação da lei e da uniformização da jurisprudência, revelando mera jurisprudência defensiva.

Todavia, não veiculando o recurso, em análise cumulativa:

- a. de questão nova;
- b. de alto valor econômico;
- c. que não envolva direito social assegurado pela CF; e
- d. estando a decisão recorrida em conformidade com a jurisprudência da Corte
- e. e sem outros indicadores de transcendência, o que justificaria a análise da transcendência pelo Tribunal Superior do Trabalho?

O Tribunal Superior do Trabalho não é instância revisora de fatos e provas. A sua função é, precipuamente, a de uniformização em relação a teses divergentes e de conformação da decisão recorrida à lei constitucional ou infra, e à jurisprudência, para a preservação da eficácia do Direito Objetivo na sua melhor interpretação.

Portanto, não revelando o recurso transcendência, pode ser denegado o seguimento por mero despacho monocrático. E os pressupostos extrínsecos e intrínsecos nem serão apreciados.

Interessante, no particular, a visão do Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho, *verbis*:

De início, recoloca a Justiça do Trabalho como uma Justiça eficiente na defesa do hipossuficiente (terminologia do meu saudoso Mestre Cesarino Jr.), isto é, do trabalhador, visto que a grande maioria dos casos será decidida em duas instâncias, com solução rápida das pendências. A morosidade que hoje impera em suas decisões tem sido mais favorável ao reclamante do que ao reclamado. Com a nova medida, evita-se a excessiva demora dos recursos ao TST, nas questões sem transcendência, que protege mais os empregadores que os empregados.⁵

Há quem alegue que a transcendência não servirá para dar celeridade ou maior eficiência à missão do TST, porque sobe à Corte apenas um pequeno percentual de Recursos de Revista, onde o critério da transcendência é apreciado.

Ledo engano.

Embora o percentual seja realmente pequeno, no Agravo de Instrumento contra o Recurso de Revista não admitido na origem, se não for caso de defeito processual, inclusive no manejo do recurso de destrancamento, será verificado se o Recurso de Revista que se busca destrancar oferece transcendência. Ao fim, nos arestos infra-transcritos de AIRR, é possível verificar o acerto desta afirmação.

11 DIFERENÇAS DE TRATAMENTO NO EXAME DA TRANSCENDÊNCIA

Há ministros que, quando não vislumbram a presença de indicadores de transcendência, nem apreciam os óbices processuais, denegando monocraticamente, como relatores, seguimento ao recurso.

Outros equiparam os óbices processuais (pressupostos extrínsecos) a ausência de transcendência política, analisando em conjunto ambos os aspectos.

Alguns prejudicam o exame da transcendência em razão de óbices processuais (enfrentam primeiro).

5 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio da transcendência em processo trabalhista. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 3, n. 29, out. 2001. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/artic le/view/824/812>. Acesso em: 20 dez. 2009.

A lei determina o exame prévio, antecedente aos demais pressupostos.

Pensamos que a negativa de prestação jurisdicional previamente embargada e regularmente apresentada antecede o exame da transcendência, porque diz respeito à prestação incompleta da jurisdição, que prejudica o exame da verificação da transcendência.

Caberá, contudo, ao Relator avaliar se a omissão é capaz ou não de fazer aflorar a transcendência. Pode o Relator denegar monocraticamente seguimento total ou parcial ao Recurso de Revista que não demonstrar transcendência.

12 EFEITOS DA DECISÃO MONOCRÁTICA OU COLEGIADA DE INTRANSCENDÊNCIA

Da decisão monocrática proferida em Recurso de Revista cabe agravo para o colegiado (§ 2º do art. 896-A da CLT).

No agravo, em sessão, o recorrente poderá realizar sustentação oral da transcendência durante cinco minutos (§ 3º).

Mantido o voto, será lavrado acórdão com fundamentação sucinta, que constituirá decisão irrecorrível no âmbito do tribunal (§ 4º).

Caso a decisão do Relator não venha a ser mantida, o processo volta a ele para o exame formal e material do Recurso de Revista.

Contudo, pode o Relator, em vez de decidir monocraticamente, levar para a Turma a decisão sobre a intranscendência do recurso. Se o fizer em Recurso de Revista, o advogado terá cinco minutos exclusivamente para sustentar a transcendência, deliberando então o órgão, a respeito, como questão preliminar.

Da decisão proferida não caberá recurso, uma vez que já é colegiada.

Se se tratar de Agravo de Instrumento levado à sessão colegiada para exame da intranscendência proposta pelo Relator, não haverá sustentação oral e não caberá recurso de Agravo da decisão que a confirmar, por se tratar de decisão colegiada.

Pode qualquer Ministro, em sessão, arguir a intranscendência não arguida pelo Relator. Se o fizer em RR, o advogado terá cinco

minutos exclusivamente para sustentar a transcendência, deliberando então o órgão, a respeito, como questão preliminar. Se confirmada, não caberá recurso.

Pode o Relator ficar vencido na questão. Neste caso, o processo volta a ele para o exame formal e material do Recurso de Revista.

Se qualquer componente da sessão arguir a intranscendência em AIRR não arguida pelo Relator, não haverá sustentação oral e o órgão deliberará. Pode o Relator ficar vencido na questão e da decisão não caberá recurso de Agravo.

É irrecorrível *no âmbito do tribunal* a decisão de Agravo, da inadmissibilidade do Recurso de Revista por falta de transcendência confirmada em colegiado (§ 4º).

De igual sorte, a decisão da Turma sobre a intranscendência, no Recurso de Revista em que não houve decisão monocrática.

No caso do § 4º, não cabe recurso interno pelo que pode caber Recurso Extraordinário para o STF (embora não por afronta ao princípio da colegialidade).

Cabe, de ofício ou a requerimento, correção de erro material (art. 897-A, § 1º, da CLT), por exemplo, equivocado reconhecimento de intranscendência em relação a questão suspensa por repercussão geral, IRR ou IAC.

Convém, portanto, aguardar o prazo de cinco dias da decisão, o mesmo dos Embargos de Declaração, antes de se determinar a baixa.

Também é irrecorrível decisão monocrática do Relator que, em AIRR, considerar ausente a transcendência da matéria (§ 5º).

Neste caso, diferentemente do § 4º, a lei não diz não caber recurso *no âmbito do tribunal*. Assim, pode caber Recurso Extraordinário para o STF por eventual afronta ao princípio da colegialidade ou do direito de defesa ou mesmo reclamação.

Aqui também cabe, de ofício ou a requerimento, correção de erro material (art. 897-A, § 1º, da CLT), por exemplo, equivocado reconhecimento de intranscendência, convindo aguardar antes da baixa o prazo de cinco dias, o mesmo dos Embargos de Declaração.

13 COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO TST

O juízo de admissibilidade do Recurso de Revista, exercido pela Presidência dos Tribunais Regionais do Trabalho, limita-se à análise dos pressupostos intrínsecos e dos demais extrínsecos do apelo. Não abrange o critério da transcendência, de exame exclusivo do TST (§ 6º). O exame é ato privativo e de iniciativa do TST.

É desnecessário que se exija da parte a demonstração pelo recorrente, embora convenha fazê-lo, das razões da relevância da apreciação do recurso para as partes envolvidas e para a coletividade. A regra da transcendência é aplicável também aos recursos adesivos.

14 CABEM AÇÃO RESCISÓRIA E MANDADO DE SEGURANÇA?

Conforme entendimento da SDI-2, em princípio não há direito líquido e certo ou abuso de autoridade que justifiquem o MS.

Contudo, Ação Rescisória cabe, com fundamento nas hipóteses previstas em lei.

Quanto à decisão que transita em julgado, a atacável, será a Regional, porque, em princípio, ela não a substitui.

Todavia, se houver exame de pressupostos extrínsecos ou intrínsecos como componentes da decisão de intranscendência, será questão a ser avaliada.

15 CONCLUSÃO

O instituto da transcendência pode se revelar eficiente, se os pressupostos intrínsecos de admissibilidade forem revistos e a ele incorporados. Não faz sentido entender em juízo de delibação que o recurso aborda questão relevante para a fixação de tese e depois afastar do TST a respectiva apreciação pela ausência de pressupostos intrínsecos.

Também não se justifica, pelos mesmos motivos, o entrelaçamento entre óbices processuais e transcendência.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. O pressuposto da transcendência (e algumas preocupações). *Revista Consultor Jurídico*, [Online], 7 jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-07/vantuil-abdala-pressuposto-transcendencia-algumas-preocupacoes>. Acesso em: 17 mar. 2020.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943* (Consolidação das Leis do Trabalho). Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm. Acesso em: 8 abr. 2021.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O princípio da transcendência em processo trabalhista. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 3, n. 29, out. 2001. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/824/812>. Acesso em: 20 dez. 2009.

EMENTAS DE ARESTOS EM ARR

PROCESSO Nº TST-ARR-22671-66.2015.5.04.0030

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA. O montante arbitrado à condenação não parece significativo quando colocado em perspectiva com a capacidade econômica da reclamada. Ausente o requisito de admissibilidade do artigo 896-A, § 1º, I, da CLT.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. O pressuposto do artigo 896-A, § 1º, III, da CLT não deve ser aplicado em favor de entidade empresarial, porquanto destinado à proteção dos direitos sociais constitucionais dos trabalhadores.

DOENÇA PROFISSIONAL – CARACTERIZAÇÃO – NEXO DE CONCAUSALIDADE. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA.** A reclamada argumenta que a caracterização de doença profissional equiparada a acidente do trabalho pressupõe a existência denexo causal direto, e não apenas a incidência de mera relação de concausalidade entre a patologia e as atividades profissionais. O recurso não oferece transcendência com relação aos

reflexos de natureza política ou jurídica previstos no artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT, uma vez que não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Aliás, a par dos fundamentos declinados na decisão recorrida, a pretensão recursal não supera a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, a qual, atenta ao comando expresso no artigo 21, I, da Lei nº 8.213/1991, entende que caracterização de doença profissional prescinde de que as atividades laborais tenham agido como causa única da patologia, bastando, para tanto, que o labor tenha contribuído para a sua deflagração ou potencialização. Precedentes. Observem-se os artigos 896-A, § 4º, da CLT e 247, § 4º, do RITST, no particular. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE DOENÇA PROFISSIONAL EQUIPARADA A ACIDENTE DO TRABALHO. PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA. O Tribunal Regional ignorou o término do benefício previdenciário, ocorrido em 2006, a fim de fixar o início do prazo prescricional na data de extinção do contrato de trabalho, em 30/12/2013. Baseou-se, exclusivamente, nas alegações do autor, de que as lesões teriam permanecido após o afastamento e se agravado ao longo do tempo. O inusitado fundamento utilizado pelo Colegiado a quo para afastar a aplicação da jurisprudência do TST permite que se reconheça a transcendência jurídica do recurso de revista, nos termos do artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT. A razoabilidade da tese de violação do artigo 7º, XXIX, da CF justifica o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido.

ESTABILIDADE PROVISÓRIA ACIDENTÁRIA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA. A agravante não transcreveu nas razões de revista os trechos da decisão de recurso ordinário que consubstanciarium o prequestionamento da controvérsia (item 3.2. do acórdão). Incide o artigo 896, § 1º-A, I, da CLT como obstáculo ao trânsito do apelo, razão pela qual entende-se que não restaram demonstrados os requisitos do artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT. Observe-se os artigos 896-A, § 4º, da CLT e 247, § 4º, do RITST, no particular. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

II – RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. PRESCRIÇÃO – MARCO INICIAL – INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE DOENÇA PROFISSIONAL

EQUIPARADA A ACIDENTE DO TRABALHO. A compreensão do Tribunal Superior do Trabalho sobre a matéria, em conformidade com o entendimento consubstanciado na Súmula/STJ nº 278, é a de que a prescrição das pretensões de reparações por danos materiais e/ou morais decorrentes de acidentes do trabalho começa a fluir a partir da ciência inequívoca das lesões suportadas pelo empregado. O refinamento promovido pela reiterada jurisprudência desta Corte indica que, via de regra, é somente com a alta previdenciária ou com a concessão da aposentadoria por invalidez que se pode avaliar a real extensão dos danos sofridos pelo trabalhador em decorrência de doença ocupacional. Isso porque se presume que seja nesse momento que o obreiro tenha condições de avaliar as efetivas consequências do infortúnio para sua aptidão laboral ou para as competências normais da vida cotidiana. Não foi por outro motivo que o Tribunal Regional declinou a seguinte tese jurídica: "o direito de ação relativamente à indenização pelos danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho surge (*actio nata*) quando se constata a consolidação dos seus efeitos, pois somente a partir de então é possível dimensionar o dano efetivamente sofrido pelo trabalhador - redução parcial ou integral, definitiva ou temporária, de sua capacidade laboral". Conquanto a proposição de direito defendida no acórdão esteja em estreita sintonia com o posicionamento pacificado nesta Corte Superior, o Tribunal Regional deixou de aplicá-la no caso concreto, utilizando como justificativa a impossibilidade de se aferir o momento em que o autor teria tomado ciência inequívoca da extensão de suas lesões. Nota-se que o Colegiado ignorou o encerramento do benefício previdenciário, ocorrido em 2006, a fim de fixar o início do prazo prescricional na data de extinção do contrato de trabalho, em 30/12/2013, baseando-se, exclusivamente, nas alegações do autor, de que as lesões teriam permanecido após o afastamento e se agravado ao longo do tempo. Não se olvida que o marco inicial da prescrição possa ser deslocado para momento posterior àquele ordinariamente reconhecido pela jurisprudência do TST. Há, inclusive, diversos precedentes desta Corte que seguem exatamente essa linha de raciocínio. Todavia, o magistrado da instância ordinária precisa se ater à premissa de que a fixação extravagante da *actio nata* deve estar fundamentada na demonstração inequívoca de que as sequelas do acidente não foram corretamente diagnosticadas no exame que determinou o encerramento do benefício previdenciário ou calcada na comprovação, por meio de laudo pericial produzido em juízo, da recorrência da patologia ou da progressão de sua sintomatologia. Não basta, para tanto, a simples afirmação do trabalhador, mesmo porque, neste caso, estar-se-ia enfraquecendo a força normativa dos

artigos 7º, XXIX, da CF e 206, § 3º, V, do CCB, comprometendo a própria aplicabilidade do instituto da prescrição nas ações indenizatórias decorrentes de doenças profissionais e, em última análise, incentivando comportamentos temerários das partes demandantes em processos futuros. Considerando que, na hipótese dos autos, o encerramento do afastamento previdenciário ocorreu em 2006 e que a ação foi ajuizada somente em 2015, conclui-se que a pretensão de reparação por danos materiais e morais decorrentes da doença ocupacional encontra-se irremediavelmente consumida pelo prazo prescricional do artigo 7º, XXIX, da CF.

Recurso de revista conhecido por violação do artigo 7º, XXIX, da CF e provido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido e recurso de revista conhecido e provido (3ª Turma do TST, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. *DEJT* 22 nov. 2019).

PROCESSO Nº TST-ARR-964-42.2015.5.09.0567

I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DAS LEIS Nº 13.015/2014 E 13.467/2017. ADICIONAL DE TRANSFERÊNCIA. RECURSO DE REVISTA QUE NÃO ATENDE AO DISPOSTO NO ARTIGO 896, § 1º-A, DA CLT. INSUFICIÊNCIA DO TRECHO TRANSCRITO. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA**. 1. Considerando que o acórdão do Tribunal Regional foi publicado na vigência da Lei nº 13.467/2017, o recurso de revista submete-se ao crivo da transcendência, nos termos do art. 896-A da CLT, que deve ser analisada de ofício e previamente, independentemente de alegação pela parte. 2. Examinando as razões recursais, constata-se que o recurso de revista não detém transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica. 3. No caso concreto, o acórdão regional foi publicado em 27/3/2018, na vigência da referida lei, e a parte agravante não cumpriu o requisito do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, porque não transcreveu o trecho da decisão recorrida com todos os fundamentos do TRT para dirimir a controvérsia. Ao desconsiderar o requisito constante no comando legal supramencionado, o agravante não consegue realizar o cotejo analítico entre a tese do Tribunal Regional e as supostas violações e a divergência jurisprudencial apontadas em seu apelo, bem como a impugnação de todos os fundamentos da decisão recorrida (artigo 896, § 1º-A, II a III, da CLT).

4. Dessa forma, o recurso de revista não se viabiliza porque não ultrapassa o óbice da transcendência, sendo irrecorrível a decisão

denegatória do agravo de instrumento no âmbito desta Corte (art. 896-A, § 5º, da CLT e art. 248 do RITST). Agravo de instrumento conhecido e desprovido no particular. PLANO DE SAÚDE CUSTEADO DE FORMA INTEGRAL PELA EMPRESA. EX-EMPREGADO COPARTICIPANTE. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. DIREITO À MANUTENÇÃO. **TRANSCENDÊNCIA RECONHECIDA.** O recurso de revista se viabiliza porque ultrapassa o óbice da transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza política.

PLANO DE SAÚDE CUSTEADO DE FORMA INTEGRAL PELA EMPRESA. EX-EMPREGADO COPARTICIPANTE. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. DIREITO À MANUTENÇÃO. A decisão do Tribunal Regional contraria a jurisprudência do c. TST, a qual entende que a manutenção do plano de saúde após a extinção do contrato de trabalho está condicionada à contribuição do empregado durante a vigência contratual, não sendo a coparticipação considerada como tal, nos termos do artigo 30, § 6º, da Lei nº 9.656/98. Agravo de instrumento conhecido e provido no particular, para determinar o processamento do recurso de revista. II – RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO ADICIONAL POR ACÚMULO DE FUNÇÃO. BANCÁRIO. TRANSPORTE DE VALORES. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA.** O TRT condenou o Banco réu ao pagamento de indenização adicional por acúmulo de função à razão de 30% do piso salarial dos vigilantes, porquanto constatado que o empregado acumulava tarefas de bancário e de transportador de valores. Assim, o recurso não se viabiliza pela indicação de afronta ao artigo 7º da Lei nº 7.102/83, uma vez que a situação dos autos não aborda as sanções decorrentes do transporte irregular de valores por profissional inabilitado para tanto. Da mesma forma, o aresto trazido à colação às págs. 872-873 é inespecífico, nos termos da Súmula nº 296, I, do TST, tendo em vista que este trata de hipótese de cabimento de adicional de risco, enquanto o presente caso abarca situação de deferimento de indenização por “acúmulo de função”. Recurso de revista não conhecido, no particular, por ausência de transcendência.

PLANO DE SAÚDE CUSTEADO DE FORMA INTEGRAL PELA EMPRESA. EX-EMPREGADO COPARTICIPANTE. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. DIREITO À MANUTENÇÃO. O Tribunal Regional registrou expressamente que o plano de saúde era custeado integralmente pela empresa, e que o ex-empregado coparticipante não custeava qualquer valor do seu plano de seu plano de saúde, ou seja, não havia pagamento de mensalidade pelo reclamante durante a vigência do contrato de trabalho. A jurisprudência do c. TST entende que a manutenção do plano de saúde após a extinção do contrato de trabalho está condicionada à contribuição do empregado durante a vigência contratual, não sendo

a coparticipação considerada como tal, nos termos do artigo 30, § 6º, da Lei nº 9.656/98. Precedentes. A decisão regional merece reforma. Recurso de revista conhecido por ofensa ao artigo 30, § 6º, da Lei nº 9.656/98 e provido.

CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido e Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (3ª Turma do TST, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. *DEJT* 13 mar. 2019).

PROCESSO Nº TST-ARR-745-20.2017.5.17.0152

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA SAMARCO MINERAÇÃO S.A. EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO PRIMEIRO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE PARA O EXAME DE MÉRITO DO RECURSO DE REVISTA. O primeiro juízo decisório do recurso de revista encontra-se previsto no artigo 896, § 1º, da CLT, dispositivo que não restringe a atuação da Presidência do TRT ao exame de seus pressupostos extrínsecos de admissibilidade. Dessa forma, não há que se falar em usurpação de competência funcional do TST, tampouco em ofensa aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, quando a decisão denegatória é fundamentada no exame do mérito da decisão recorrida. Precedentes de todas as Turmas desta Corte. Preliminar rejeitada.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO DESPACHO DE ADMISSIBILIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. A agravante invoca a ausência de fundamentação do despacho denegatório de seu recurso de revista, sem, todavia, ter oposto embargos de declaração a fim de que o juízo monocrático pudesse supri-la. Assim, encontra-se preclusa a insurgência, nos termos do artigo 1º, § 1º, da IN nº 40 do TST. Preliminar rejeitada.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA. O valor da causa foi fixado em R\$ 40.000,00, montante que não parece significativo quando colocado em perspectiva com a notória capacidade econômica da reclamada SAMARCO MINERAÇÃO S.A. Ausente o requisito de admissibilidade do artigo 896-A, § 1º, I, da CLT.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. O pressuposto do artigo 896-A, § 1º, III, da CLT não deve ser aplicado em benefício de entidade empresarial, porquanto destinado a enfatizar os

recursos que buscam a proteção dos direitos sociais constitucionais dos trabalhadores.

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA. Depreende-se dos trechos da decisão recorrida, indicados no recurso de revista, que as reclamadas celebraram contrato de prestação de serviços idôneo, tendo o autor laborado em benefício da reclamada SAMARCO MINERAÇÃO S.A. Independentemente dos fundamentos decisórios a respeito da existência de culpa da empresa tomadora na contratação e na fiscalização das obrigações trabalhistas da prestadora, a responsabilidade subsidiária da ora recorrente pelas verbas reconhecidas na presente reclamação deriva diretamente do entendimento jurisprudencial consubstanciado no item IV da Súmula/TST nº 331. Acórdão de Tribunal Regional proferido em sintonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte não enseja recurso de revista transcendente, nomeadamente pelas vias dos incisos II e IV do artigo 896-A, § 1º, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. **RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA – ALCANCE – INDENIZAÇÃO DO ARTIGO 477 DA CLT.**

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA. O TRT ressaltou que a responsabilidade subsidiária da reclamada SAMARCO MINERAÇÃO S.A. alcança a indenização do artigo 477 da CLT. A decisão recorrida está de acordo com o item VI da Súmula/TST nº 331. Desta feita, nada há que se dizer de transcendência com relação aos reflexos de natureza política ou jurídica também neste particular. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

HORAS EXTRAS – JORNADA 12X60 – AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM INSTRUMENTO COLETIVO – INVALIDADE – PLAN-TÕES EXTRAORDINÁRIOS, INTERVALO INTRAJORNADA E FERIADOS EM DOBRO – EFEITOS DA REVELIA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA. Os fundamentos recursais relativos aos efeitos da revelia não foram renovados no agravo de instrumento, razão pela qual restam preclusos todos os seus desdobramentos. Por outro lado, além de reproduzir a quase integralidade dos tópicos decisórios, sem proceder a nenhum destaque exigido pelo artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, a recorrente constrói a sua argumentação a partir da alegada submissão do autor à jornada 12x36, sendo que o que se discute nos autos é a validade do regime 12x60. A precária instrumentalização do recurso de revista prejudica o seu exame à luz dos critérios de transcendência

política e jurídica previstos no artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

II – RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA SAMARCO MINERAÇÃO S.A.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL – CONTRAPRESTAÇÃO A MENOR OU ATRASO NO PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E DAS VERBAS RESCISÓRIAS. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA.** O TRT defendeu a tese de que o inadimplemento parcial ou o atraso no pagamento dos salários e das verbas rescisórias “por período razoável” gera dano moral in re ipsa ao trabalhador. O recurso de revista não oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza política ou jurídica previstos no artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT, tendo em vista que não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Isso porque, conquanto esse entendimento não seja aplicado no que diz respeito às verbas rescisórias, a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte é a de que o atraso no pagamento dos salários provoca indiscutível prejuízo moral ao empregado, que se vê prejudicado no cumprimento da sua obrigação de sustento da família. Precedentes, inclusive da SBDI-1 e da 3ª Turma. Não se enquadrando o recurso de revista em nenhuma das hipóteses de transcendência previstas no artigo 896-A da CLT, dele não se conhece, cabendo à recorrente a observância da parte final dos artigos 896-A, § 4º, da CLT e 247, § 4º, do RITST. Recurso de revista não conhecido.

CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e desprovido e recurso de revista não conhecido, por ausência de transcendência. (3ª Turma do TST, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. DEJT 6 mar. 2020).

PROCESSO Nº TST-ARR-10016-78.2016.5.03.0087

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017.

PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA EM CONTRAMINUTA – AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO EXTRÍNSECO DE ADMISSIBILIDADE – DESERÇÃO. O reclamante afirma que o agravo de instrumento patronal se encontra deserto, tendo em

conta que a reclamada depositou apenas R\$ 2.432,00 a título de garantia do juízo. A soma da importância recolhida pela empresa neste momento processual com os depósitos efetuados quando da interposição dos recursos ordinário e de revista alcança o valor total da condenação, fixado pelo juízo de primeiro grau em R\$ 30.000,00. Preliminar rejeitada.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA. A causa foi fixada em R\$ 36.000,00 e a condenação arbitrada em R\$ 30.000,00, valores que não parecem significativos, quando colocados em perspectiva com a capacidade econômica da reclamada. Ausente o requisito de admissibilidade do artigo 896-A, § 1º, I, da CLT.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. O pressuposto do artigo 896-A, § 1º, III, da CLT, não deve ser aplicado em benefício de entidade empresarial, porquanto destinado a enfatizar os recursos que buscam a proteção dos direitos sociais constitucionais dos trabalhadores.

HORAS EXTRAS – SEMANA ESPANHOLA / HORAS EXTRAS – MINUTOS RESIDUAIS / FÉRIAS. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA.** Conforme bem explicitado pelo juízo denegatório, a agravante não transcreveu nas razões de revista os trechos da decisão de recurso ordinário que consubstanciariam o prequestionamento das matérias em epígrafe. Incide o artigo 896, § 1º-A, I, da CLT como obstáculo ao trânsito do apelo, razão pela qual entende-se que não restaram demonstrados os requisitos do artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT em tais aspectos. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS – “DESCONTO NEGOCIAL” – EMPREGADO NÃO FILIADO AO SINDICATO PROFISSIONAL. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA.** O TRT não examinou a matéria à luz das regras de distribuição do ônus da prova. A irresignação patronal nesse sentido sequer ultrapassa o artigo 896, § 1º-A, I, da CLT. Por outro lado, o recurso não oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza política ou jurídica previstos no artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT, uma vez que não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Aliás, o desconto de contribuições assistenciais ou confederativas de quem não é filiado ao sindicato profissional afronta o princípio constitucional da liberdade de associação, previsto no artigo 5º, XX, da CF, bem como se opõe ao entendimento exarado tanto na

Súmula Vinculante nº 40 quanto na OJ da SDC nº 17 e no Precedente Normativo nº 119.

Julgados, inclusive da SDC e desta 3ª Turma. Ademais, é entendimento pacífico deste Colegiado que o trabalhador possui a prerrogativa de pleitear a devolução dos descontos indevidos diretamente do empregador. Precedentes. Não se enquadrando o recurso em nenhuma das hipóteses de transcendência previstas no artigo 896-A da CLT, nega-se provimento ao agravo de instrumento, devendo a reclamada observar a parte final dos artigos 896-A, § 4º, da CLT e 247, § 4º, do RITST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

II – AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA. O requisito de admissibilidade do artigo 896-A, § 1º, I, da CLT é destinado à proteção da atividade produtiva, não devendo ser aplicado em favor de trabalhador. Precedente unânime desta 3ª Turma, de minha relatoria.

HORAS EXTRAS – MINUTOS RESIDUAIS. A matéria em epígrafe não foi renovada nas razões do agravo de instrumento, restando, portanto, preclusa.

PLR – PAGAMENTO PROPORCIONAL DURANTE A PROJEÇÃO DO AVISO PRÉVIO – AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO DO TRABALHADOR NO PRAZO DE NOVENTA DIAS PREVISTO EM NORMA COLETIVA. **PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL.** O direito à participação nos lucros ou resultados encontra-se previsto no artigo 7º, XI, da CF. A controvérsia instaurada neste particular demonstra a transcendência social exigida pelo artigo 896-A, § 1º, III, da CLT. O TRT afirmou que o aviso prévio integra o contrato de trabalho para todos os efeitos, inclusive no tocante ao pagamento proporcional da Participação nos Lucros ou Resultados. Todavia, absolveu a reclamada da condenação à PLR proporcional de 2014, calcando o seu posicionamento na cláusula 2ª, § 3º, do ACT, que condicionou o pagamento da parcela ao requerimento do trabalhador no prazo de noventa dias. O reclamante defende a nulidade do instrumento coletivo, ao entendimento de que referido ajuste denotaria mera renúncia ao prazo prescricional bienal previsto na CF e de que o direito não poderia ser condicionado. Acrescenta que a exclusão do pagamento colide com o princípio da isonomia, conforme a disciplina da Súmula/TST nº 451. Em primeiro lugar, a cláusula convencional que institui prazo para

requerimento da PLR em nada configura renúncia ao prazo bienal do artigo 7º, XXIX, da CF. A razão é muito simples: prescrição e decadência são institutos de direito material diversos, sendo que o encerramento do prazo decadencial não obstaculiza o direito de a parte questionar – antes de esgotado o prazo prescricional, evidentemente – o Poder Judiciário a respeito da validade e/ou eficácia da regra que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto. Por outro lado, não há notícia, na decisão recorrida, de que o acordo coletivo em questão tenha condicionado a percepção da PLR à vigência do contrato de trabalho na data de distribuição dos lucros, razão pela qual entende-se que a Súmula/TST nº 451 não possui especificidade para ser aplicada no caso concreto. Por fim, o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 10.101/2000 determina que o acordo coletivo que instituir a PLR deve primar pela clareza e pela objetividade na fixação tanto dos direitos substantivos da participação quanto das regras adjetivas a ela aplicáveis. A norma concernente ao prazo para que o trabalhador requeresse o seu pagamento proporcional encontrava-se evidente no instrumento convencional e a sua observância pelo Colegiado a quo demonstra a sintonia do acórdão recorrido com o artigo 7º, XXVI, da CF. Intactos, pois, os artigos 5º, *caput*, XXXV e LV, e 7º, XI, da CF. As ementas apresentadas ao confronto de teses não partem das mesmas premissas fáticas examinadas no caso concreto, razão pela qual entende-se que não atendem a exigência da Súmula/TST nº 296. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

DIVISOR DE HORAS EXTRAS. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL, POLÍTICA OU JURÍDICA. O TRT manteve a aplicação do divisor 220, em face da constatação de que o reclamante laborava submetido à “semana espanhola”, intercalando jornadas semanais de quarenta e de quarenta e oito horas. A matéria não oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza social, política ou jurídica previstos no artigo 896-A, § 1º, II, III e IV, da CLT. Aliás, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência do TST, consubstanciada em precedentes de suas turmas. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

INTERVALO INTRAJORNADA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL, POLÍTICA OU JURÍDICA. A par da discussão relativa à validade, ou não, dos cartões de ponto apócrifos, o TRT observou a prova oral produzida pelo próprio reclamante, a qual não corroborou a tese de desrespeito ao intervalo intrajornada. Assim, a controvérsia quanto à real jornada de trabalho do autor escapa da mera distribuição do ônus da prova para se assentar no acervo probatório

produzido nos autos. A matéria é eminentemente fática, não ultrapassando os interesses particulares das partes no caso concreto. Ausentes, portanto, os pressupostos do artigo 896-A, § 1º, II, III e IV, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

HORA NOTURNA REDUZIDA. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL, POLÍTICA OU JURÍDICA. Depreende-se do acórdão recorrido que a jornada noturna do autor sempre foi observada pela reclamada. A controvérsia ostenta natureza fática, que não se mostra capaz de transcender os interesses das partes na hipótese em análise. A irresignação a respeito de uma suposta omissão do Colegiado a quo quanto à existência de salário compressivo deveria ter sido invocada em preliminar de negativa de prestação jurisdicional, o que não restou atendido pelo recorrente. É certo que a compressividade salarial é matéria de direito, mas os elementos que justificariam a aplicação da Súmula/TST nº 91 são evidentemente fáticos, sendo inalcançáveis pela instância extraordinária. Não se verifica a presença dos pressupostos do artigo 896-A, § 1º, II, III e IV, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

INDENIZAÇÃO PELA LIMPEZA DO UNIFORME. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL, POLÍTICA OU JURÍDICA. De acordo com o TRT, o autor não demonstrou ter gastos decorrentes de cuidados especiais com a higienização de seus uniformes. O recurso de revista não oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza social previstos no artigo 896-A, § 1º, III, da CLT, uma vez que não se refere a direito assegurado aos trabalhadores pelo artigo 7º da CF. Por outro lado, não há demonstração de transcendência política ou jurídica nos termos do artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT, pois não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Aliás, longe de divergir, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, de que a indenização pela higienização de uniforme só se justifica quando se tratar de traje especial, que não pode ser lavado em casa junto com as demais roupas de uso cotidiano. Precedentes da SBDI-1 e de todas as Turmas desta Corte. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

INDENIZAÇÃO SUBSTITUTIVA DA CESTA BÁSICA, ASSISTÊNCIA MÉDICA E CONVÊNIO FARMÁCIA – SUPRESSÃO DURANTE O PERÍODO DE AVISO PRÉVIO INDENIZADO. O TRT manteve a sentença, que julgou improcedente o pedido de indenização pela

supressão da cesta básica, da assistência médica e do convênio farmácia durante o período do aviso prévio indenizado. O recurso de revista não oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza social previstos no artigo 896-A, § 1º, III, da CLT, uma vez que não se refere a direito assegurado aos trabalhadores pelo artigo 7º da CF. Por outro lado, não há demonstração de transcendência política ou jurídica, nos termos do artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT, pois não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Aliás, longe de divergir, o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com a iterativa, notória e atual jurisprudência desta Corte, consubstanciada na Súmula/TST nº 371 e em diversos precedentes de turmas desta Corte, inclusive desta 3ª, da relatoria dos ministros Alexandre Agra Belmonte e Alberto Bresciani.

Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL, POLÍTICA OU JURÍDICA. O TRT observou o laudo pericial, que indicou a inexistência de insalubridade no local de trabalho do reclamante. A ratificação da improcedência do pedido deriva diretamente da prova técnica, de inviável reexame neste momento processual. Ausentes os requisitos do artigo 896-A, § 1º, II, III e IV, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS CONSTANTES DO TRCT - EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DO ARTIGO 477, § 5º, DA CLT. PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. O TRT defendeu a tese de que os descontos autorizados pelo artigo 462 da CLT e pela Súmula/TST nº 342 não estão incluídos no limite do artigo 477, § 5º, da CLT. O recurso demonstra transcendência de natureza política, tendo em vista que o acórdão regional foi proferido de forma aparentemente diversa da jurisprudência desta Corte. A razoabilidade da tese de violação do artigo 477, § 5º, da CLT justifica o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido.

III – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. ADICIONAL NOTURNO – REFLEXOS EM DSR. PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. Ao contrário do que restou decidido pelo Tribunal Regional, o adicional noturno pago de forma habitual integra o salário do empregado para todos os efeitos legais e, por consequência, produz reflexos em DSR. Esse posicionamento deriva diretamente do item I da Súmula/TST nº 60. Precedentes.

O recurso de revista ostenta transcendência política, nos termos do artigo 896-A, § 1º, II, da CLT. Recurso de revista conhecido por contrariedade à Súmula/TST nº 60, I, e provido.

DEVOLUÇÃO DE DESCONTOS CONSTANTES DO TRCT - EXTRAPOLAÇÃO DO LIMITE DO ARTIGO 477, § 5º, DA CLT. O TRT defendeu a tese de que os descontos autorizados pelo artigo 462 da CLT e pela Súmula/TST nº 342 não estão incluídos no limite do artigo 477, § 5º, da CLT. O aludido dispositivo celetista estabelece o teto de um mês de remuneração do empregado no caso de incidir qualquer compensação quando da rescisão contratual. Logo, a Corte *a quo*, ao determinar desconto superior a um mês de remuneração do autor, violou o artigo 477, § 5º, da CLT. Precedentes, inclusive desta 3ª Turma, de minha relatoria. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 477, § 5º, da CLT e provido.

CONCLUSÃO: Agravo de instrumento da reclamada conhecido e desprovido; agravo de instrumento do reclamante conhecido e parcialmente provido e recurso de revista do reclamante conhecido e provido. (3ª Turma do TST, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. DEJT 13 dez. 2019).

EMENTAS DE ARESTOS EM RR

PROCESSO Nº TST-RR-10655-82.2018.5.03.0069

PROCESSO REGIDO PELA LEI Nº 13.467/2017

RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA BRASANITAS EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO E COMÉRCIO LTDA.

DESERÇÃO DO RECURSO ORDINÁRIO – INEFICÁCIA DA GARANTIA DO JUÍZO – SEGURO GARANTIA JUDICIAL COM PRAZO DE VIGÊNCIA. **PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA JURÍDICA.** O TRT considerou deserto o recurso ordinário da reclamada BRASANITAS EMPRESA BRASILEIRA DE SANEAMENTO E COMÉRCIO LTDA., porquanto o seguro garantia judicial por ela apresentado possui termo final de vigência e renovação não automática. A matéria oferece transcendência com relação aos reflexos de natureza jurídica previstos no artigo 896-A, § 1º, IV, da CLT, uma vez que se está diante de controvérsia em torno da interpretação de dispositivo incluído na legislação do trabalho pela Lei nº 13.467/2017. O novel § 11 do artigo 899 da CLT admite a substituição do depósito recursal por fiança bancária ou seguro garantia judicial, sem estabelecer

qualquer condição de eficácia da apólice para a satisfação do pre-
paro. No caso concreto, o mero fato de o seguro judicial não prever a
renovação automática de sua vigência é incapaz de comprometer a
admissibilidade do recurso, simplesmente porque não se pode afir-
mar, de antemão, que a reclamada não solicitará um novo prazo no
período determinado pela seguradora, em caso de necessidade. Da
mesma forma que os requisitos extrínsecos devem ser satisfeitos
pela parte no momento da interposição do recurso, o Tribunal deve
avaliá-los de acordo com a situação concreta em que se encontram
inseridos, e não de acordo com ilações a respeito do comportamento
futuro da recorrente. Recurso de revista conhecido por violação do
artigo 899, § 11, da CLT e provido. (3ª Turma do TST, Relator Minis-
tro Alexandre Agra Belmonte. DEJT 25 out. 2019).

PROCESSO Nº TST-RR-640-27.2016.5.17.0007

PROCESSO REGIDO PELA LEI Nº 13.467/2017

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO DO RECLAMANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPREGADORA – DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO

TRABALHO OCORRIDO EM CANTEIRO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. **PRESENÇA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL.** Controvérsias relativas a indenizações por danos decorrentes de acidentes do trabalho oferecem transcendência social, nos termos do artigo 896-A, § 1º, III, da CLT, porquanto derivadas de direito social assegurado aos trabalhadores pelo artigo 7º, XXVIII, da CF. A razoabilidade da tese de violação do artigo 927, parágrafo único, do CCB justifica o provimento do agravo de instrumento. Agravo de instrumento conhecido e provido.

II – RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPREGADORA – DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO OCORRIDO EM CANTEIRO DE OBRAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. Depreende-se do acórdão recorrido que o reclamante torceu o tornozelo esquerdo ao caminhar sobre um pequeno desnível quando se dirigia ao setor de almoxarifado a fim de receber os equipamentos de proteção que utilizaria em sua jornada. O TRT ressaltou que o terreno não era acidentado ou perigoso e que o infortúnio não está de nenhuma forma relacionado aos riscos ocupacionais típicos da construção civil. O Colegiado afirmou que o autor permaneceu afastado por 15 dias, tendo retornado apto ao trabalho, conforme exame realizado por médico

ortopedista. Asseverou que a reclamada providenciou a realocação do empregado no almoxarifado apenas em virtude do desconforto por ele apresentado após o seu retorno e que tal atitude demonstrou o cuidado da empresa, nada havendo que se falar em readaptação por inaptidão funcional. A percuciente leitura da decisão recorrida revela que a reclamada não negligenciou o seu dever de administrar os riscos inerentes ao ambiente de trabalho, tampouco deixou de agir com prudência após o retorno do reclamante ao labor. Todavia, chama a atenção o depoimento prestado pela testemunha convidada pelo autor, ao referir que o desnível que causou a entorse provavelmente ocorreu em razão de uma máquina passada no terreno. Ainda que tal declaração não possa ser tomada como pressuposto fático absoluto para ilustrar o sinistro – o depoente sequer presenciou o fato –, é importante para fazer o intérprete recordar de que os ambientes pelos quais se deslocam os trabalhadores da construção civil não possuem a mesma integridade e a mesma permanência de uma estrutura consolidada. A passagem de uma máquina pesada é apenas uma das circunstâncias que podem alterar o solo adjacente a um canteiro de obras. Em um ambiente assim, diversas variáveis podem interagir e contribuir para que o caminho realizado pelo trabalhador possa ser significativamente alterado de um momento para outro. Parece evidente, portanto, que o ato de caminhar em um canteiro de obras envolve um risco superior àquele experimentado por quem transita, por exemplo, em uma instituição bancária ou em um shopping center. Por essa razão, a empresa reclamada deve responder pelos danos decorrentes do acidente do trabalho, em razão do risco inerente à atividade econômica empreendida. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 927, parágrafo único, do CCB e provido. Prejudicado o exame do tema remanescente. (3ª Turma do TST, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. *DEJT* 16 ago. 2019).

EMENTAS DE ARESTOS EM AIRR

PROCESSO Nº TST-AIRR-641-83.2016.5.08.0129

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA VIAÇÃO ARAGUARINA LTDA. (EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL) E OUTRAS EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. DESERÇÃO. Conquanto satisfeitos os pressupostos referentes à tempestividade e à representação, verifica-se que as agravantes BARÃO DE MAUÁ EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e O.S. PARTICIPAÇÕES S.A. não realizaram o

depósito exigido pelo artigo 899, § 7º, da CLT. Nesse passo e conforme a inteligência das Súmulas/TST nºs 128, I, e 245, suas pretensões recursais não alcançam conhecimento, porquanto desertas. E nem se invoque isenção em razão dos recolhimentos já realizados pelas litisconsortes, pois o item II da Súmula/TST nº 245 é inequívoco na linha de que o depósito efetuado por uma das partes aproveita às demais somente quando as empresas que garantem o juízo não pleiteiam sua exclusão da lide, sendo exatamente este objetivo das demandadas POLIPEÇAS DISTRIBUIDORA AUTOMOTIVA LTDA. E OUTRA. Também não se requeira a incidência da OJ da SBDI-1 nº 140, uma vez que o prazo nela previsto é reservado aos casos em que o preparo é realizado de forma insuficiente, não conferindo qualquer prerrogativa às partes que permaneçam completamente inertes quanto ao recolhimento previsto na legislação processual. Já a VIAÇÃO ARAGUARINA LTDA. e a ARAGUARINA AGRO PASTORIL LTDA. estão isentas de garantir o juízo, em razão do que dispõe o artigo 899, § 10, da CLT. Precedente da 6ª Turma desta Corte, envolvendo as mesmas reclamadas, ora agravantes. Agravo de instrumento conhecido, apenas em relação à VIAÇÃO ARAGUARINA LTDA. e à ARAGUARINA AGRO PASTORIL LTDA.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – FATO NOVO. A preliminar não ultrapassa o artigo 896, §1º-A, IV, da CLT, porque as recorrentes não transcreveram as razões de embargos de declaração em que teriam formulado pedido de integração do acórdão de recurso ordinário. E ainda que assim não fosse, constata-se que as reclamadas deixaram de indicar violação dos artigos 93, IX, da CF e/ou 832 da CLT e/ou 489 do CPC, razão pela qual o recurso de revista sequer atenderia a exigência da Súmula/TST nº 459. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – GRUPO ECONÔMICO. A percuciente leitura do recurso de revista revela que as razões declinadas na preliminar de negativa de prestação jurisdicional são meramente sintomáticas de partes que não se conformam com o decidido. A VIAÇÃO ARAGUARINA LTDA. e a ARAGUARINA AGRO PASTORIL LTDA. não suscitaram, de forma pertinente, quaisquer omissões, contradições ou obscuridades no julgado, apenas investiram contra a valoração dos elementos de convicção que levaram o Tribunal Regional a concluir pela existência de grupo econômico entre as reclamadas. Intactos os artigos 93, IX, da CF, 832 da CLT e 489, do CPC. A indicação de violação dos artigos 1.022

e 1.025 do CPC esbarra na Súmula/TST nº 459. Insubsistente a tese de divergência jurisprudencial, tendo em vista que a negativa de prestação jurisdicional não pode ser demonstrada em tese, apenas no caso concreto. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA ECONÔMICA. O montante arbitrado à condenação (R\$ 23.798,29) não parece significativo a ponto de proporcionar o trânsito do recurso pela via de admissibilidade do artigo 896-A, § 1º, I, da CLT.

AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA SOCIAL. O pressuposto do artigo 896-A, §1º, III, da CLT não deve ser aplicado em benefício de entidades empresariais, porquanto destinado a enfatizar os recursos que buscam a proteção dos direitos sociais constitucionais dos trabalhadores.

FATO NOVO – SUCESSÃO TRABALHISTA. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA.** O alicerce central do acórdão recorrido é o de que a pretensão das reclamadas de suscitar a existência de fato novo se encontra preclusa. A percuciente leitura das razões recursais revela que as recorrentes não atacaram tal fundamento, apenas indicaram que houve sucessão trabalhista pela venda da TRANSBRASILIANA TRANSPORTE E TURISMO LTDA. a grupo econômico diverso e que todas as obrigações do contrato de trabalho do reclamante passaram a ser de responsabilidade do sucessor, não havendo que se falar em solidariedade entre o adquirente e a alienante. A ausência de dialeticidade entre as razões recursais e decisórias obsta o trânsito do apelo, a teor do artigo do artigo 896, § 1º-A, II e III, da CLT. Entende-se, pois, que não restaram caracterizados quaisquer dos requisitos exigidos pelo artigo 896-A, § 1º, II e IV, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

GRUPO ECONÔMICO – CARACTERIZAÇÃO – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **AUSÊNCIA DE TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA OU JURÍDICA.** Têm razão as recorrentes quando afirmam que a configuração do grupo econômico, nos termos do artigo 2º, § 2º, da CLT, pressupõe a existência de uma empresa líder, que exerça controle sobre as demais. Essa conclusão, aliás, encontra-se em sintonia com a jurisprudência majoritária da SBDI-1 e dos demais órgãos fracionários desta Corte. Todavia, ao contrário das investidas recursais em sentido contrário, essa é exatamente a hipótese dos autos. Note-se que, ao descrever as circunstâncias fáticas que cercaram a relação existente entre as reclamadas, o Colegiado Regional destacou que “a participação dos sócios Odilon

Walter dos Santos e Odilon Santos Netto, que são pai e filho, aparece, no controle, direção, administração, coordenação, comando das empresas que se juntam à reclamada Transbrasileira". Em resposta aos embargos de declaração, a Turma afirmou que "os contratos sociais demonstram que as reclamadas possuem ligação direta com o Sr. Odilon Santos, sendo este e suas famílias sócios ou administradores, seja pela existência de sociedade em comum, seja por estarem sujeitas ao mesmo centro decisório e submetidas aos interesses econômico/empresariais do mesmo grupo familiar, o que indubitavelmente caracteriza o instituto ínsito do art. 2º, § 2º, da CLT". Os fatos descritos na decisão indicam que havia vínculo de subordinação entre as reclamadas e o grupo que as controlava, circunstância apta a ensejar a responsabilidade solidária, nos termos do dispositivo celetário invocado pelo Regional e da jurisprudência da SBDI-1. Precedentes elucidativos desta Corte, inclusive desta 3ª Turma, de minha relatoria. O recurso de revista não oferece transcendência com relação aos reflexos da CLT, tendo em vista que não se está diante de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista, tampouco de decisão proferida de forma dissonante da jurisprudência do TST ou do STF. Não havendo o enquadramento em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 896-A da CLT, nega-se provimento ao agravo de instrumento, cabendo às agravantes a observância da parte final dos artigos 896-A, § 4º, da CLT e 247, § 4º, do RITST. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e desprovido, por ausência de transcendência. (3ª Turma do TST, Relator Ministro Alexandre Agra Belmonte. *DEJT* 7 jan. 2020).

ANDRÉ JOBIM DE AZEVEDO

Advogado formado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Sócio-diretor do Faraco de Azevedo Advogados. Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) desde 1990. Membro titular da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT) e da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Diretor-Executivo e ex-Presidente da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federasul (CAF). Membro do Conselho de Arbitragem da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Rio Grande do Sul (OABRS). Coordenador do GT OABRS de Mediação Empresarial. Mestre em Direito. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Internacional.

VITÓRIA FERNANDES GUEDES SILVEIRA

Advogada. Conselheira Fiscal do Instituto da Mama do Rio Grande do Sul (Imama). Pós-graduada em Direito do Estado pela UFRGS. Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Instituto de Estudos Tributários (IET - PUCRS). Graduada pela PUCRS.

HORA DA ARBITRAGEM TRABALHISTA

Sumário: 1 Introdução. 2 Métodos Adequados de Soluções de Conflitos. 3 Arbitragem no Direito do Trabalho. 3.1 Arbitragem de direitos trabalhistas individuais antes da Reforma da CLT. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Antes de tudo é de registrar a justa e carinhosa homenagem que prestamos ao Professor Doutor José Augusto Rodrigues Pinto, jurista de escol e figura humana ímpar. Estas singelas palavras são incapazes de aquilatar o destinatário, mas que destinadas com admiração e respeito servem ao propósito. Obrigada, Professor JARP, por tantas lições!

Na sessão plenária virtual do Supremo Tribunal Federal (STF) de 11.3.2021, o ministro Luís Roberto Barroso profetizava: "o advogado do futuro não vai ser aquele que propõe ação [judicial], mas aquele que resolve o problema sem propor a ação, por meio da negociação e composição".

A introdução do art. 507-A no texto da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), pela edição da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, intitulada "reforma trabalhista", pôs fim aos debates acerca da arbitralidade objetiva de litígios trabalhistas individuais. A arbitralidade de litígios trabalhistas, ou seja, a viabilidade jurídica de adoção do procedimento arbitral envolvendo direitos trabalhistas, não é novidade no ordenamento jurídico. A Constituição Federal de 1988, desde a sua promulgação, admitia a utilização do procedimento arbitral para solucionar dissídios coletivos no art. 114, § 1º. A importante alteração promovida pela reforma trabalhista foi no sentido da possibilidade de escolha da via arbitral e escolha de árbitros para solucionar também os conflitos individuais. Trata-se, pois, de um claro reflexo da tendência de utilização dos Métodos

Adequados de Solução de Conflitos (MASC), gênero do qual faz parte a arbitragem, no cenário pátrio e na maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo.

Apesar de a alteração legislativa representar um avanço importante para o desenvolvimento dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos, mormente envolvendo direitos trabalhistas, não significa que a matéria tenha sido exaustivamente tratada ou que não parem muitas dúvidas acerca da aplicabilidade no Direito do Trabalho.

2 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÕES DE CONFLITOS

Não há novidade em afirmar que os conflitos são tão antigos quanto a própria sociedade, e, acredita-se, indelévels no tempo. Por inevitáveis, as grandes discussões não residem em como extirpar de vez os conflitos da sociedade, mas em como solucioná-los de forma cada vez mais eficaz.

Desde que abandonada a precária solução pela via da vindita, a sociedade delegou, prioritariamente, ao Estado o poder-dever de dizer o direito e fornecer meios para impor a efetividades das suas decisões. É, pois, a jurisdição, a expressão do poder estatal por intermédio de um magistrado – entendido aqui mais como instituição do que propriamente um indivíduo –, que se manifesta sobre qual o direito aplicável ao caso levado ao Poder Judiciário.

Ressalva-se, por oportuno, que a jurisdição não foi o único método de solução de conflitos previsto no arcabouço jurídico desde as suas gênesis. De início, as ordenações portuguesas. Na primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial, de 1824, a tentativa de autocomposição era tratada como condição de procedibilidade para propositura de demanda judicial. A arbitragem, por sua vez, tem raízes que remontam ao Protocolo de Genebra, assinado em 24 de setembro de 1923.¹ O que se demonstra, todavia, é que, por ausência de incentivo ou até mesmo por falta de conhecimento dos aplicadores do direito sobre os institutos, outros métodos de

1 A evolução histórica da arbitragem não é relevante para o que ora se propõe, motivo pelo qual não será aprofundada. Para mais informações sobre o tema: GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

solução de conflitos que não a jurisdição não foram consagrados no cotidiano como possibilidades.

Eis que a cultura da litigiosidade, observada no período da pós-modernidade que nos envolve desde o final do século XX, encontrou ambiente fértil para propagar. A pós-modernidade altera drasticamente as estruturas sociais vividas na era moderna. Valores e conceitos universais antigamente apregoados passam a ser reiteradamente questionados. Perdem-se antigas referências antes vigentes de instituições, profissões e relações. Com um discurso evidentemente heterogêneo e diverso, tal desconstrução drástica propicia um nível de tensão que reflete no modo de se relacionar. A despeito dos efeitos positivos, o discurso da sociedade moderna encoraja relações instáveis que deságuam na manutenção de vínculos. Os reflexos da pós-modernidade são sentidos por empregadores e empregados quanto às expectativas no modo – tempo e forma – de se relacionar:

Em um ambiente cada vez mais complexo, mutável e imprevisível, observa-se que não há mais garantias (Bauman, 2009; Gorz, 2005), como ocorre nas relações do sujeito com seu próprio trabalho. Segurança, vínculo empregatício de longo prazo, lealdade do funcionário com a organização e carreira interna foram sendo substituídos por novos arranjos no trabalho e por um novo contrato psicológico voltado para a empregabilidade (Bendassolli, 2007; De Vos & Van der Heijden, 2015).²

O monopólio da jurisdição na sociedade pós-moderna resulta em um cenário bastante previsível: colapso do Poder Judiciário. O crescimento das ações judiciais em números completamente desproporcionais às estruturas físicas, orçamentárias e institucionais do sistema forense resultou na morosidade, na perduração dos litígios e na inadequação das respostas judiciais em todas as searas.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga anualmente, desde 2004, o *Relatório Justiça em Números*, que reúne as estatísticas judiciárias oficiais apuradas nos anos antecessores. Na edição

2 MULLER, C. V., & SCHEFFER, A. B. B. Turismo voluntário: Uma experiência em busca do sentido? Vida e trabalho em questão. *Revista de Administração Mackenzie*, [online], v. 20, n. 1, 2019. DOI: 10.1590/1678-6971/eRAMG190095. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-69712019000100304&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 6 abr. 2021.

do relatório do ano de 2020, ano-base 2019, foram contabilizados 3.530.197 (três milhões quinhentos e trinta mil cento e noventa e sete) novos processos na Justiça Trabalhista, considerando apenas os ingressados no 1º grau de jurisdição da seara trabalhista. Segundo o relatório, foi registrada a média de 662 novos casos por magistrado no 1º grau de jurisdição trabalhista, e de 1.607 novos casos por magistrado no 2º grau de jurisdição somente naquele ano. O impressionante volume é registrado mesmo depois da entrada em vigor da reforma trabalhista, cujas alterações promovidas na redistribuição dos honorários sucumbenciais desestimularam o ajuizamento de ações judiciais trabalhistas.³

Os dados exibidos no *Relatório Justiça em Números*, de 2020, nos trazem as seguintes reflexões: I) Com a carga de trabalho por magistrado registrada pelo CNJ, tem o magistrado condições de sempre dar a melhor resposta jurisdicional? II) A via pela arbitragem, na qual terceiro(s) especialista(s) poderá(ão) dedicar atenção necessária para que a controvérsia seja respeitada e julgada considerando as minúcias e as particularidades do seu caso, não pode ser proveitosa em diversos casos? III) A construção de uma solução consensual pelas partes, as quais têm a oportunidade de buscar voluntariamente pontos de convergência, não pode trazer maior satisfação e manutenção das relações em determinados casos? Tais perguntas têm apenas o intuito de fazer refletir sobre a (in)adequação do Poder Judiciário como resposta para todo e qualquer conflito. Frise-se que o intuito não é fazer crer que o Poder Judiciário não é e não possa ser a via mais adequada em determinados casos, mas que há outros métodos que, dependendo da avaliação concreta do caso, podem trazer mais benefícios para as partes envolvidas.

Nesse sentido, critica-se veementemente a visão de que os métodos adequados de solução de conflito devam ser compreendidos como instrumentos "alternativos" à jurisdição, com o único propósito de desafogar o Judiciário. Há muito, os MASCs vêm sendo erroneamente compreendidos como salvação para a superlotação do Judiciário em âmbito nacional. Possivelmente a visão equivocada

3 Com a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, o art. 791-A, *caput* e § 4º, da CLT passou a prever a condenação da parte sucumbente ao pagamento de honorários. Antes da vigência, não havia essa condenação, à exceção de raras hipóteses.

esteja relacionada com a expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR), utilizada nos países de língua inglesa.⁴ Fato é que, diferentemente dessa visão limitada, os métodos de resolução de conflitos devem ser compreendidos como *adequados* ao caso concreto, e não *alternativos* ao Poder Judiciário. Acredita-se que, de fato, os problemas da jurisdição estatal tiveram papel importante para que o sistema pudesse evoluir e se desenvolver em suas raízes; mas de maneira alguma sua finalidade pode e deve ser limitada a uma ferramenta a mais para desafogar o Poder Judiciário na compreensão atual. Sobre o desenvolvimento da arbitragem como resposta aos problemas da jurisdição no Brasil no final dos anos 1990, Rafael Bicca relembra o movimento "Operação Arbiter":

E como se chegou a esta Nova Lei da Arbitragem? Esta foi fruto de um movimento, conhecido como "Operação Arbiter", que teve início pelas mãos de Petrônio Muniz, advogado e professor pernambucano. Como o próprio declara em um livro específico sobre esta operação, esta teve por objetivo a viabilização de uma "via paralela à justiça comum com objetivos convergentes" (Muniz, 2005, p. 27), orientada pela necessidade de se rejeitar a ideia de que o Estado seja o único capaz de solucionar as controvérsias [...]

A primeira [observação importante], de que o impulso para o movimento se deu justamente diante da constatação de um problema na qualidade da prestação jurisdicional estatal. Em outras palavras, a arbitragem foi vista por Petrônio Muniz como uma possível alternativa à má prestação de serviços do Poder Judiciário.⁵

Todavia, a arbitragem não deve ser encarada como uma solução messiânica. São oportunas as críticas acerca da dualidade de visões sobre o instituto da arbitragem:

Parece inadequado pensar, hoje, que a arbitragem possa efetivamente constituir em uma espécie de solução para todos os

4 Parte da doutrina prefere qualificar como sistema "multiportas", em menção à expressão *Multidoor Courthouse System*, articulada pelo professor de Direito de Harvard Frank Sander, para identificar métodos de resolução de conflitos que não o Poder Judiciário. Sobre o assunto: <https://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/a-discussion-with-frank-sander-about-the-multi-door-courthouse/>. Acesso em: 25 out. 2020.

5 MACHADO, Rafael Bicca. Arbitragem como "saída" do Poder Judiciário. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 360.

problemas enfrentados pela jurisdição estatal, sendo mais adequado vislumbrá-la como um excelente (e complementar) mecanismo de prestação jurisdicional, especialmente para um importantíssimo conjunto específico de demandas, para as quais as características da arbitragem mostram-se muito vantajosas, em comparação com a jurisdição prestada pelo Estado.⁶

Bem compreendidas a natureza e a finalidade dos métodos adequados de solução de conflitos, passa-se à análise do instituto da arbitragem, espécie que compõe o gênero dos MASCs.

3 ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

As raízes da positivação da resolução de disputas pela arbitragem são encontradas fora do âmbito nacional. Ainda que não haja consenso na doutrina, grande parte assume como premissa que desde o Protocolo de Genebra, assinado em 24 de setembro de 1923, é possível afirmar a existência do instituto da arbitragem como método de solução de demandas.⁷

O expressivo tempo, desde as origens, não significa que o instituto, seus contornos, alcances e benefícios tenham sido tratados de forma exaustiva e adequada no ordenamento jurídico brasileiro, tampouco na esfera trabalhista. Pelo contrário, há poucas décadas questionava-se até mesmo a constitucionalidade da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei n. 9.307/1996),⁸⁻⁹ que segue vigente até os dias atuais. Desde 2001 já assim asseverado pelo STF.

6 MACHADO, 2008, p. 379.

7 GUERREIRO, 1993.

8 O Supremo Tribunal Federal discutiu a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206, que teve julgamento definitivo em 12 de dezembro de 2001, pela constitucionalidade da referida lei (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL julga constitucional a Lei de Arbitragem. *Notícias STF*, Brasília, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em: 11 nov. 2020).

9 FERRANTE, Douglas Telpis; BAGNOLI, Vicente. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma interface entre a defesa da concorrência e os métodos alternativos de resolução de litígios. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 1, p. 202-225, 2020.

Atualmente, há expressa a possibilidade de solucionar conflitos pela via da arbitragem no art. 144, §§ 1º e 2º,¹⁰ da Constituição Federal de 1988. Todavia, antes de adentrar nas questões envolvendo a arbitrabilidade de conflitos trabalhistas, importante relembrar pressupostos sobre o Direito do Trabalho, os dissídios trabalhistas individuais e os coletivos para melhor compreensão do tema proposto.

Como ramo específico do Direito, o Direito do Trabalho é composto por princípios próprios, que devem ser entendidos como ponto de partida para compreensão e aplicação do Direito Laboral. Segundo o autor Américo Plá Rodriguez, seis são os princípios do Direito do Trabalho: I) proteção; II) irrenunciabilidade de direitos; III) continuidade da relação de emprego; IV) primazia da realidade; V) razoabilidade; e VI) boa-fé.¹¹ Atentamos ao princípio da proteção, que ora nos interessa.

O princípio da proteção parte do reconhecimento da inexistência de equivalência na relação de emprego, como uma das formas de compensar a inferioridade econômica e jurídica do empregado em relação ao empregador.¹²

A relação de emprego é uma relação de poder, em que o empregador detém o poder de dar ordens, comandar e dirigir toda a execução do trabalho executado pelo trabalhador. A superioridade jurídica do trabalhador visa compensar sua natural inferioridade na relação.¹³

Pelo princípio da proteção é que sempre houve a possibilidade de arbitrar dissídios coletivos, conforme previsão no já referido art.

10 MURIEL, Marcelo. A arbitragem frente ao judiciário brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 1, p. 27-39, jan./mar. 2004.

11 PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

12 MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 69.

13 MARTINS, Luísa Gomes. *O princípio de proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-20062011-120620/publico/LUISA_GOMES_MARTINS.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

144, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Dissídios coletivos são aqueles conflitos instaurados entre os entes coletivos, ou seja, o respectivo sindicato de empregado e o sindicato patronal ou empresa. Assim, na reunião de empregados, representados pelo ente coletivo Sindicato, estes se encontrariam em posição de igualdade em relação ao empregador. Nesse sentido, oportunas as lições de Fabiane Verçosa acerca da hipossuficiência do empregado e da possibilidade de arbitragem de dissídios coletivos:

No Direito do Trabalho, prevalece a ideia de que o empregado, diante de um conflito com seu empregador, encontra-se em condição de inferioridade econômica e técnica. A negociação por meio do sindicato visa equiparar o poder de negociação entre os entes coletivos envolvidos (sindicato de empregados v. sindicato patronal ou empresa, conforme o caso). Dessa forma, os empregados – reunidos no seio do sindicato – e o empregador – na figura da empresa ou do sindicato patronal – encontrar-se-iam em pé de igualdade.

Nesse diapasão, admite-se até mesmo, em alguns casos, a diminuição de direitos do trabalhador, se pactuados por meio de negociação coletiva. É o que dispõe o art. 7º, incisos VI, XIII e XIV, da Constituição Federal de 1988. Foi imbuída dessa lógica de flexibilização nas relações de trabalho na seara coletiva que a Carta Magna estabeleceu expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de dissídios coletivos trabalhistas. É o que dispõem os §§ 1º e 2º de seu art. 114 [...].¹⁴

Assim, através dos sindicatos, ambas as partes têm o mesmo poder e estão em pé de equidade para negociar e submeter o conflito à análise do árbitro. Não há dúvidas quanto à arbitrabilidade de direitos trabalhistas envolvendo dissídios coletivos, tendo em vista a configuração de uma relação equânime, e formalmente, com amparo constitucional. Entretanto, o cenário é outro quando envolve direitos trabalhistas individuais.

14 VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem para resolução de dissídios individuais trabalhistas em tempos de reforma da CLT e de conjecturas sobre a extinção da justiça do trabalho: o direito trabalhista na encruzilhada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 61, jan./mar. 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5731654/mod_resource/content/0/Fabiane%20Ver%C3%A7osa%20-%20Arbitragem%20para%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Diss%C3%ADdios%20Individuais%20Trabalhistas%20RBA%2061.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

3.1 ARBITRAGEM DE DIREITOS TRABALHISTAS INDIVIDUAIS ANTES DA REFORMA DA CLT

Antes da entrada em vigor da Lei n. 13.467/2017, que reformou parcialmente a CLT, não havia nenhum dispositivo no ordenamento jurídico brasileiro acerca da possibilidade – ou não – de submeter conflitos trabalhistas individuais à arbitragem. A doutrina era dividida e as discussões, acirradas. Três eram os principais pontos de discussão, conforme Fabiane Verçosa:¹⁵

- (I) princípio da proteção;
- (II) indisponibilidade e irrenunciabilidade de direitos trabalhistas; e
- (III) previsão constitucional autorizando a utilização da arbitragem em sede de litígios trabalhistas coletivos.

Apesar do tratamento como objetos diferentes, acredita-se que o princípio da proteção e a indisponibilidade e irrenunciabilidade de direitos trabalhistas confundem-se, pois um corolário do outro. Explica-se: o princípio da proteção parte do reconhecimento da inexistência de equivalência na relação de emprego, como visto. A partir dessa premissa, o doutrinador Américo Plá Rodriguez elenca subprincípios – ou outras facetas – desse mesmo princípio da proteção, dentre o que interessa por ora, o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas. O princípio da irrenunciabilidade de direitos prega que empregados não poderiam dispor dos direitos que o ordenamento jurídico brasileiro lhes assegura, uma vez que, partindo do pressuposto de inexistência de equivalência na relação, poderiam sofrer algum tipo de coação por parte do empregador para renunciar a direitos:

[...] o princípio da proteção possui subprincípios e um deles é o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, que tem por finalidade proteger os direitos e garantias alcançados pelo trabalhador, que poderia sofrer pressão para abrir mão dos direitos que lhe são garantidos. O princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas determina que não pode o empregado dispor dos direitos que o ordenamento jurídico lhe assegura, através da manifestação de vontade. A indisponibilidade dos direitos trabalhistas é projeção do princípio da imperatividade das normas trabalhistas,

15 VERÇOSA, 2019.

que determina que as normas trabalhistas não podem ser afastadas pela vontade das partes, sendo, portanto, indisponíveis.¹⁶

No presente estudo, tratar-se-á da indisponibilidade e da irrenunciabilidade de direitos trabalhistas juntamente com o princípio da proteção dos empregados.

A questão da indisponibilidade dos direitos trabalhistas sempre ganhou destaque nas discussões doutrinárias, que se acirram para distinguir quais são os direitos dotados de indisponibilidade absoluta e quais são aqueles em que a indisponibilidade é relativa. Sobre o assunto, Mauricio Godinho Delgado é quem melhor distingue:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre com o direito à assinatura da CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Também será absoluta quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria. Este último critério indica que a noção de indisponibilidade absoluta atinge, no contexto das relações bilaterais empregatícias (direito individual, pois), parcelas que poderiam, no contexto do Direito Coletivo do Trabalho, ser objeto de transação coletiva, e, portanto, de modificação real. Noutras palavras: a área de indisponibilidade absoluta, no Direito Individual, é, desse modo, mais ampla que a área de indisponibilidade absoluta própria do Direito Coletivo.

Relativa será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado traduzir interesse individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que se passa, ilustrativamente, com a modalidade de salário paga ao empregado ao longo da relação de emprego (salário fixo versus salário variável, por exemplo): essa modalidade salarial pode se alterar, licitamente, desde que a alteração não produza prejuízo efetivo ao trabalhador.¹⁷

16 ROXO, Tatiana; BONACCORSI, Amanda. Mediação no direito do trabalho: a necessidade de adequação à luz dos princípios juslaborais. *Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, jul./dez. 2015, p. 232.

17 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 217-218.

Da leitura acima compreende-se que há direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis – quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público – e direitos trabalhistas relativamente indisponíveis – direitos que não caracterizem um padrão civilizatório geral mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico.

Importante destacar que não havia consenso na doutrina e na jurisprudência. Antes da reforma da CLT, havia correntes que defendiam a impossibilidade de a grande maioria dos direitos trabalhistas ser submetida à arbitragem e correntes que defendiam ponto de vista contrário, em que a grande maioria dos direitos se inseria na categoria de direitos relativamente indisponíveis.

O assunto sobre a natureza dos direitos trabalhistas é especialmente relevante quando se trata de arbitragem, pois o procedimento é limitado a discussões relativas à direitos patrimoniais disponíveis, conforme o art. 1º da Lei de Arbitragem.

Para complementar a discussão sobre a arbitragem de conflitos individuais trabalhistas, ainda havia outro ponto importante: a previsão constitucional autorizando a utilização da arbitragem em sede de litígios trabalhistas coletivos significava a proibição ou a autorização de submeter litígios trabalhistas individuais à análise de árbitros?

Bons argumentos eram utilizados por ambas as correntes opostas: de um lado, argumentava-se que a previsão expressa somente sobre dissídios coletivos era uma proibição de arbitrar dissídios individuais. De outro lado, a Constituição Federal é silente em relação a todos os outros conflitos, que incluem cíveis e comerciais, sobre os quais não há dúvidas de que são arbitráveis. Sobre as discussões doutrinárias, oportunas as considerações *in verbis*:

Corresponderia tal silêncio a uma proibição? Ou, dito em outras palavras, se a Constituição Federal permite a utilização do juízo arbitral para os litígios coletivos laborais e rigorosamente nada dispõe sobre os individuais, quer isso dizer que os litígios individuais não podem ser solucionados por arbitragem? Por outro lado, há de se refletir: A situação em tela não ensejaria a aplicação do princípio da legalidade privada (art. 5º, inciso II, da CF88)? Ora, o que não está proibido pela lei (aí se incluindo a norma fundamental, obviamente) é permitido. Quanto a esse aspecto, cabe acrescentar que não há, em toda a Constituição Federal, uma só previsão permitindo a utilização de arbitragem nos conflitos de

natureza cível ou comercial, por exemplo. Ou seja, a Constituição não é silente apenas em relação à possibilidade de uso da arbitragem para os litígios trabalhistas individuais; ela é silente em relação a todos os outros conflitos que não se inserem na categoria dos coletivos trabalhistas, aí se incluindo os cíveis, comerciais, societários, administrativos, etc. E, como se sabe, não há dúvida de que estes últimos litígios são, por via de regra, plenamente arbitráveis no Direito brasileiro, independentemente de previsão constitucional nesse sentido (desde que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis e envolvam pessoas capazes, obviamente).¹⁸

Assim, as discussões sobre a arbitrabilidade de direitos individuais trabalhistas necessariamente deveriam resolver a questão envolvendo o princípio da proteção do empregado – no qual se insere a (in)disponibilidade dos direitos trabalhistas – e a positivação da previsão de possibilidade de submissão de dissídios coletivos à arbitragem.

Contudo, tal discussão rendia-se à realidade, quando diariamente se realizam milhares de composições trabalhistas em juízo, sem que haja qualquer disposição legal que a tanto expressamente autorize.

Eis que, mediante a Lei n. 13.129/2015, intitulada “Reforma da Lei de Arbitragem”, se tentou pôr fim às discussões. O art. 4º, § 4º, da Lei de Arbitragem previa que ao empregado que “ocupe ou venha a ocupar cargo ou função de administrador ou de diretor estatutário, nos contratos individuais de trabalho poderá ser pactuada cláusula compromissória”, desde que a iniciativa viesse do empregado ou com expressa concordância deste.

Da leitura percebe-se que o legislador tinha duas principais condições *sine qua non*: o cargo ocupado deveria ser de administrador ou diretor e deveria haver vontade expressa. Sem dúvidas, as preocupações tinham o condão de evitar que não fosse respeitado o princípio da proteção.

A exigência de que o empregado ocupasse um cargo hierarquicamente *alto* reside na preocupação com a manifestação de vontade do empregado. Presume-se que um empregado com poderes para tomar decisões relevantes em nome da empresa está em posição de manifestar livremente aspectos de sua vida

18 VERÇOSA, 2019.

profissional, havendo, nesse caso, uma mitigação da subordinação entre empregado e empregador.¹⁹

Já a condição de que houvesse iniciativa do empregado ou concordância expressa é o reflexo de que o empregado tivesse consciência do que estaria assumindo, com informações técnicas sobre o instituto (ou, pelo menos, meios para adquiri-las), e estaria plenamente ciente das consequências de assumir a cláusula compromissória.

Apesar dos esforços dos legisladores, o § 4º do art. 4º da Lei de Arbitragem foi vetado pelo Poder Executivo. Nas razões de veto, são as considerações do Poder Executivo, que foram acatadas pelo Congresso Nacional:

§ 4º do art. 4º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, alterados pelo art. 1º do projeto de lei

[...]

Razões do Veto

“O dispositivo autorizaria a previsão de cláusula de compromisso em contrato individual de trabalho. Para tal, realizaria, ainda, restrições de sua eficácia nas relações envolvendo determinados empregados, a depender de sua ocupação. Dessa forma, acabaria por realizar uma distinção indesejada entre empregados, além de recorrer a termo não definido tecnicamente na legislação trabalhista. Com isso, colocaria em risco a generalidade de trabalhadores que poderiam se ver submetidos ao processo arbitral.”

Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar os dispositivos acima mencionados do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional.²⁰ (Grifos no original).

Finalmente, com a entrada em vigor da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, acrescentou-se o art. 507-A da CLT, que passou a permitir expressamente a arbitragem de dissídios individuais. O texto, porém, apresenta-se diferente daquele moldado pela Lei da Arbitragem. É o texto do referido dispositivo:

¹⁹ VERÇOSA, 2019.

²⁰ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Msg/VEP-162.htm. Acesso em: 7 abr. 2021.

Art. 507-A. Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

O artigo supratranscrito possibilita o uso da arbitragem, mas desde que o empregado possua remuneração de duas vezes o teto máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral da Previdência. Isso significa que no ano de 2021, com o reajuste válido desde 1º de janeiro, somente os empregados cuja remuneração seja superior a R\$ 12.866,00 poderão ser considerados relativamente *autônomos*, *hipossuficientes* e, portanto, aptos a pactuar cláusula compromissória.

É verdade que a reforma trabalhista quis diferenciar os empregados *comuns*, ou seja, os empregados que ganham até a média salarial do Brasil (dois a três salários mínimos) e representam a maioria dos empregados, dos altos executivos, o que a doutrina vem chamando de empregados *hipersuficientes*.

Entretanto, ao que tudo indica, o critério do salário parece razoavelmente raso e inadequado para servir como prova de igualdade entre empregados e empregadores. Nesse sentido:

Ainda no tocante ao tema, Daniela Muradas afirma que se a vulnerabilidade é a marca de todo e qualquer empregado, independentemente de seu grau de instrução e distinção salarial, “a assimetria contratual exige interditar qualquer espécie de despojamento, conforme enuncia princípio pro aderente do direito comum, fonte subsidiária do Direito do Trabalho, na forma do parágrafo introduzido ao art. 8º da CLT” (MURADAS, 2017, p. 176). Na mesma esteira, há doutrinadores que sustentam ser inconstitucional qualquer lei que prejudique o empregado ante o que dispõe o art. 7º, XXXII, que veda a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os respectivos profissionais (MURADAS, 2017, p. 172-174).²¹

Ademais, a pouca disciplina sobre o assunto também é de ser referida: não há menção sobre como deveria ser feita a forma expressa,

21 DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região*, Natal, n. 18, 2018, p. 171.

em qual momento deve ou pode ser pactuada, tampouco sobre a responsabilidade pelos custos e honorários do árbitro.

Outrossim, resta a dúvida sobre a abrangência e os direitos que podem ou não ser objetos de submissão ao árbitro. A positivação da regra em nada esclarece quais os contornos. Já era sabido por parte da doutrina que os direitos trabalhistas eram arbitráveis, mas a dúvida quanto aos contornos da arbitrabilidade resta. Parte da doutrina utiliza os arts. 611-A e 611-B, que tratam dos objetos (i)lícitos de convenção ou acordo coletivos.

Mas parece que, apesar de todos os esforços, as questões envolvendo a arbitrabilidade de direitos trabalhistas individuais sempre acabam voltando para parâmetros de acordos coletivos.

De toda forma, não se olvida que a novidade legislativa é importante e representa mais um passo para o estímulo da utilização da arbitragem no Brasil.

4 CONCLUSÃO

É hora de mudança. A arbitragem trabalhista se apresenta como importante instituto de bem solucionar conflitos.

Não é possível se cegar à realidade de que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas tem limites evidentes.

O dia a dia forense trabalhista aí está para afastar tais fundamentos. Isto porque judicialmente são resolvidos por acordo conflitos envolvendo praticamente todos os direitos laborais, sem que a isso se oponha qualquer restrição. Por óbvio que de maneira mais segura por conta da "administração"/"supervisão" do julgador, com sua homologação, mas não há nenhuma regra que relativize a indisponibilidade para a via judicial. Também especialmente menos resistida quando se dá após a vigência do contrato de trabalho, momento em que, sem qualquer vínculo, não mais sobreviveria diferença de condições.

Ainda nesse sentido, a Reforma Trabalhista, Lei n. 13.467/2017, aponta cenário positivo ao prever, no art. 484-A, a possibilidade de extinção do próprio contrato de trabalho por acordo, nas condições lá especificadas.

Da mesma forma, o Capítulo III-A da alteração promovida pela referida lei na CLT efetivamente trata da Jurisdição Voluntária e da homologação de Acordo Extrajudicial (arts. 855-B, C, D e E).

Resta evidente que está aberto o caminho para uma nova cultura de solução de conflitos, ao lado do Poder Judiciário, mas sem desnecessitar deste, com a real possibilidade de utilização da arbitragem trabalhista.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Jobim de; SILVEIRA, Vitória Fernandes Guedes. A mediação como instrumento adequado para a resolução de conflitos. Reflexões sobre mediação. *Revista OAB/RS*, Porto Alegre, n. 1, 2018.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GARCIA, Phelippe Henrique Cordeiro. Arbitragem em dissídios individuais de trabalho. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região*, Natal, n. 18, p. 159-178, 2018,

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

FERRANTE, Douglas Telpis; BAGNOLI, Vicente. A arbitrabilidade do direito concorrencial: uma interface entre a defesa da concorrência e os métodos alternativos de resolução de litígios. *Revista do IBRAC*, São Paulo, n. 1, p. 202-225, 2020.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MACHADO, Rafael Bicca. Arbitragem como “saída” do Poder Judiciário. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MARTINS, Luísa Gomes. *O princípio de proteção em face da flexibilização dos direitos trabalhistas*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-20062011-120620/publico/LUISA_GOMES_MARTINS.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MULLER, C. V.; SCHEFFER, A. B. B. Turismo voluntário: uma experiência em busca do sentido? Vida e trabalho em questão. *Revista de Administração Mackenzie*, [online], v. 20, n. 1, 2019. DOI: 10.1590/1678-6971/eRAMG190095. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1678-69712019000100304&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 6 abr. 2021.

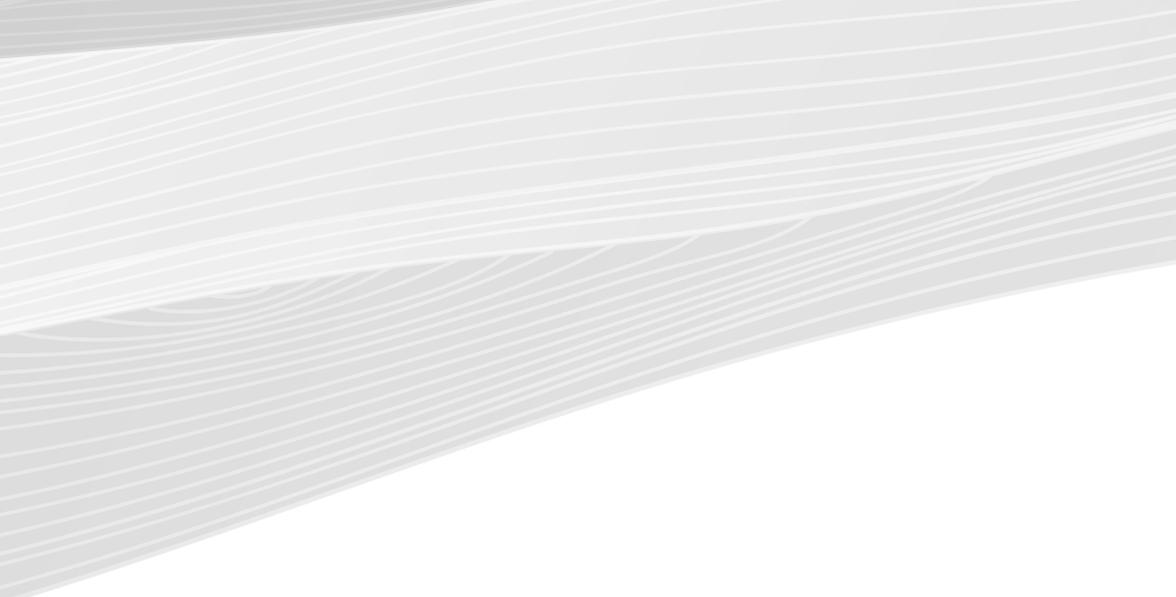
MURIEL, Marcelo. A arbitragem frente ao Judiciário brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 1, p. 27-39, jan./mar. 2004.

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

ROXO, Tatiana; BONACCORSI, Amanda. Mediação no direito do trabalho: a necessidade de adequação à luz dos princípios jus-laborais. *Rev. de Formas Consensuais de Solução de Conflitos*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 220-239, jul./dez. 2015.

SUPREMO Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem. *Notícias STF*, Brasília, 12 dez. 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198>. Acesso em: 11 nov. 2020.

VERÇOSA, Fabiane. Arbitragem para resolução de dissídios individuais trabalhistas em tempos de reforma da CLT e de conjecturas sobre a extinção da justiça do trabalho: o direito trabalhista na encruzilhada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. XVI, n. 61, jan./mar. 2019. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5731654/mod_resource/content/0/Fabiane%20Ver%C3%A7osa%20-%20Arbitragem%20para%20a%20Resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20Diss%C3%ADdios%20Individuais%20Trabalhistas%20RBA%2061.pdf. Acesso em: 28 mar. 2021.



CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE

Professor de Direitos Humanos Sociais e Metaindividuais do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* e de Direito Processual do Trabalho da Graduação da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Desembargador aposentado do TRT/ES. Advogado e Consultor jurídico. Titular da Cadeira 44 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Procurador Regional do Ministério Público do Trabalho (1993 a 2007). Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP. Pós-doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal.

PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Sumário: 1 Introdução. 2 Autonomia da vontade nas negociações coletivas de trabalho como dimensão da liberdade sindical. 3 Limites da autonomia privada coletiva. 4 Proibição da intervenção e da interferência do Poder Público na organização sindical. 5 Fundamentos da negociação coletiva. 6 O novo perfil do MPT na Constituição Federal de 1988 e sua atuação em defesa dos direitos humanos fundamentais sociais dos trabalhadores. 7 Autonomia privada coletiva x liberdades individuais ou coletivas ou direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores: atuação do MPT. 8 A ação anulatória de cláusula de convenção ou acordo coletivo do trabalho e a Lei da Reforma Trabalhista. 9 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é dedicado, com muita alegria e satisfação, ao estimado confrade e querido amigo José Augusto Rodrigues Pinto, professor, desembargador aposentado do TRT da 5ª Região, jurista, conferencista emérito e um dos mais renomados juslaboralistas do Brasil e do mundo. Parabenizo, portanto, a Escola Superior do Ministério Público da União, na pessoa do seu diretor-geral e subprocurador-geral do Trabalho Manoel Jorge e Silva Neto, pela oportuna, merecida e feliz escolha do homenageado.

Conforme o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, a efetivação dos direitos civis, sociais, políticos, metaindividuais e ao desenvolvimento constitui condição imprescindível para a manutenção da paz e para o progresso da humanidade.

Dessa forma, os direitos humanos fundamentais são, a um só tempo, direitos de liberdade, de igualdade e de solidariedade, tendo como fundamento o supraprincípio da dignidade da pessoa humana, e têm como características a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a interrelacionalidade.

Nessa ordem, não se pode impor a supremacia de um direito civil (direito de liberdade) sobre um direito social (direito de igualdade material), assim como não se pode impor direitos civis e sociais em detrimento dos direitos de solidariedade (direitos metaindividuais) e vice-versa, porquanto todos os direitos humanos fundamentais estão vinculados ao núcleo central da dignidade da pessoa humana, razão pela qual é preciso que o Estado Democrático de Direito promova políticas públicas inclusivas, a fim de que toda pessoa humana seja, de fato, destinatária de todas as dimensões dos direitos humanos, é dizer, dos direitos civis e políticos (primeira dimensão), direitos sociais (segunda dimensão) e direitos metaindividuais (terceira dimensão).

Na hipótese de colisão de direitos humanos fundamentais, é preciso encontrar uma solução que implique menor sacrifício possível para o direito que, no caso concreto, tiver de ser relativizado. Trata-se da aplicação dos princípios da proporcionalidade ou da razoabilidade, os quais devem ser manejados com arrimo na unidade e na força normativa da Constituição.

A presente pesquisa tem por escopo analisar o princípio da autonomia privada coletiva nas negociações coletivas de trabalho como dimensão da liberdade sindical e os limites do papel do Ministério Público do Trabalho, como órgão estatal, no sentido de restringir ou relativizar tal princípio quando verificar que a negociação coletiva possa implicar violação aos direitos de liberdades individuais ou coletivas ou aos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Eis, então, o problema de pesquisa a ser enfrentado: sendo vedada a intervenção e/ou interferência do Estado na organização sindical, qual o papel reservado ao Ministério Público do Trabalho em matéria de negociação coletiva?

2 AUTONOMIA DA VONTADE NAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO COMO DIMENSÃO DA LIBERDADE SINDICAL

A autonomia da vontade nas relações e negociações coletivas de trabalho encontra fundamento no princípio da autonomia privada coletiva. Este, por sua vez, é um desdobramento da liberdade de reunião e de associação em geral e da liberdade sindical em particular.

O princípio da autonomia privada coletiva, portanto, é um poder-dever jurídico conferido a um ente coletivo para atuar normativamente em defesa dos direitos ou interesses individuais ou coletivos do grupo social representado.

Nos sítios do Direito do Trabalho, podemos dizer que a autonomia privada coletiva é um princípio jurídico que constitui um dos fundamentos da autonomia sindical e consiste no poder-dever reconhecido aos sindicatos de promover, mediante negociação coletiva, a criação de normas (princípios e regras) jurídicas coletivas de trabalho que vincularão, com efeitos *ultra partes*, os contratos individuais de trabalho.

Para tanto, é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (CF, art. 8º, I), sendo estas o procedimento/instrumento prévio utilizado para criar convenções e acordos coletivos, que são fontes normativas de autocomposição reconhecidas no catálogo dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores (CF, art. 7º, XXVI). No Brasil, a negociação coletiva é também pressuposto de validade da instauração do dissídio coletivo de natureza econômica (CF, art. 114, §§ 1º e 2º).

Para nós, portanto, a negociação coletiva de trabalho é um procedimento prévio, fruto do princípio da autonomia privada coletiva, que tem por objeto a criação de uma fonte formal – autônoma ou heterônoma – que solucionará o conflito coletivo de trabalho.¹

Reconhecemos que o nosso conceito é aplicável especialmente no interior do ordenamento jurídico brasileiro, em que a negociação coletiva é procedimento prévio obrigatório tanto para a celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho quanto para o ajuizamento de dissídio coletivo de natureza econômica (CF, art. 114, §§ 1º e 2º; CLT, art. 616, *caput*, §§ 1º e 4º).

3 LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA

Embora a Constituição reconheça aos sindicatos o poder negocial para criar normas autônomas (CF, arts. 7º, XXVI, e 8º, VI), este poder há de observar o princípio da supremacia do interesse

1 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 870.

público sobre o interesse de classe, categorial ou particular, que já encontrava albergue no art. 8º, *in fine*, da CLT e atualmente é reconhecido pela jurisprudência do TST, como se infere do item II da Súmula 437 do TST:

É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (CLT, art. 71 e CF/88, art. 7º, XXII), inafianço à negociação coletiva.

Na verdade, os limites da autonomia privada coletiva para entabular negociação coletiva também encontram residência nos princípios constitucionais fundamentais e nos direitos fundamentais absolutamente indisponíveis.

Vale dizer, a negociação coletiva não pode reduzir o chamado mínimo existencial, que é constituído pelos direitos fundamentais civis e sociais diretamente relacionados à existência digna da pessoa humana, sob pena de colocar em xeque o projeto axiológico constitucional de supremacia da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, os arts. 5º, § 2º, e 7º, *caput*, da CF reconhecem que todos os direitos fundamentais expressamente previstos no Texto Constitucional não excluem outros decorrentes do regime, dos princípios democráticos e dos tratados de direitos humanos em que o Brasil seja parte, sendo certo que, em relação aos trabalhadores, o rol constitucional mínimo é receptivo a outros direitos previstos em normas autônomas ou heterônomas, desde que propiciem a melhoria de sua condição social.

Registre-se que o Supremo Tribunal Federal deixou assentado, por exemplo, que a estabilidade provisória do emprego da empregada gestante, por ser direito fundamental de proteção à maternidade e ao nascituro, independe de comunicação do estado de gravidez ao empregador, ainda que esta esteja prevista em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Nesse sentido, aliás, colhemos o seguinte julgado:

EMPREGADA GESTANTE - ESTABILIDADE PROVISÓRIA (ADCT, ART. 10, II, "b") - CONVENÇÃO OIT Nº 103/1952 - PROTEÇÃO À MATERNIDADE E AO NASCITURO - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA COMUNICAÇÃO DO ESTADO DE GRAVIDEZ AO EMPREGADOR - ESPECIFICAÇÃO DAS VERBAS RESCISÓRIAS

DEVIDAS À EMPREGADA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. - O legislador constituinte, consciente das responsabilidades assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional (Convenção OIT n° 103/1952, Artigo VI) e tendo presente a necessidade de dispensar efetiva proteção à maternidade e ao nascituro, estabeleceu, em favor da empregada gestante, expressiva garantia de caráter social, consistente na outorga, a essa trabalhadora, de estabilidade provisória (ADCT, art. 10, II, "b"). - A empregada gestante tem direito subjetivo à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, "b", do ADCT/88, bastando, para efeito de acesso a essa inderrogável garantia social de índole constitucional, a confirmação objetiva do estado fisiológico de gravidez, independentemente, quanto a este, de sua prévia comunicação ao empregador, revelando-se irrita, de outro lado e sob tal aspecto, a exigência de notificação à empresa, mesmo quando pactuada em sede de negociação coletiva. Precedentes (STF-AI 448572 ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª. T., j. 30/11/2010, DJe-247 divulg 15-12-2010, publ. 16-12-2010).

É, pois, nessa perspectiva que se deve interpretar e aplicar o catálogo dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, de modo que somente em situações excepcionais, expressamente previstas na própria Constituição da República, pode haver negociação coletiva *in pejus*, desde que transitória e razoavelmente justificada, para permitir validamente a redução de salário (CF, art. 7º, VI), a compensação de horário ou a redução da jornada de trabalho (CF, art. 7º, XIII e XIV).

Não há, pois, permissão constitucional para, por meio de negociação coletiva, aumentar jornada de trabalho ou abolir os demais direitos fundamentais sociais dos trabalhadores. Nem mesmo por emenda constitucional isso é possível, tendo em vista que esses direitos fundamentais são cláusulas pétreas, segundo interpretação evolutiva do Texto Constitucional, como já tivemos a oportunidade de afirmar em outra obra de nossa autoria.²

4 PROIBIÇÃO DA INTERVENÇÃO E DA INTERFERÊNCIA DO PODER PÚBLICO NA ORGANIZAÇÃO SINDICAL

A organização sindical brasileira sofreu, embora com indisfarçável caráter conservador, sensíveis alterações com o novo modelo instituído pela Constituição Federal de 5.10.1988.

2 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 90-94.

O regime anterior, de forte interferência e intervenção estatal, cedeu lugar: a) à liberdade de fundação de sindicato, embora exigindo o registro no órgão competente, vedando "ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical" (CF, art. 8º, I); b) à liberdade individual e coletiva de filiação (CF, art. 8º, V); c) às garantias dos dirigentes sindicais (CF, art. 8º, VIII); d) à participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas etc.

Mas a Constituição democrática de 1988 manteve, contraditoriamente, o sistema da unicidade sindical (art. 8º, II) e a contribuição sindical obrigatória ("imposto sindical"), ao lado da contribuição confederativa instituída pela assembleia geral da categoria (art. 8º, IV, *in fine*).

No que tange à proibição de intervenção e interferência do Estado na organização sindical (CF, art. 8º, I), é preciso destacar que a autonomia sindical é um direito fundamental social coletivo dos trabalhadores que impede em princípio, pela via administrativa, que o Poder Público possa: a) *intervir*, ou seja, impedir a fundação ou a existência total ou parcial de sindicato; b) *interferir* no autogoverno sindical, isto é, na organização, gestão e funcionamento das associações sindicais.

Entretanto, o referido dispositivo constitucional (art. 8º, I, *in fine*) deve ser interpretado sistematicamente e teleologicamente com o art. 5º, incisos XVII, XVIII e XIX, da própria Constituição Federal, pois, sendo o sindicato uma espécie do gênero associação:

Art. 5º.

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado.

Assim, a intervenção ou a interferência do Estado na organização sindical pode ocorrer validamente: a) *por via judicial*, em que o sindicato poderá ser dissolvido ou ter suas atividades suspensas; b) *por via administrativa*, quando os fins do sindicato forem comprovadamente ilícitos ou tenham caráter paramilitar.

A título ilustrativo, recolhemos o seguinte julgado:

I - REPRESENTAÇÃO SINDICAL. DESMEMBRAMENTO DE BASE TERRITORIAL. EDITAL ESPECÍFICO. NECESSIDADE. Imperioso que o edital convocativo de assembléia seja preciso quanto à pauta e ordem do dia a ser deliberada, sob pena de não atender à sua finalidade de dar publicidade ao ato, viciando-se assim a iniciativa, mormente porque a categoria envolvida deve saber exatamente do que está a deliberar. II - REGISTRO SINDICAL. COMPETÊNCIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO. Após a Constituição Federal de 1988, consagrou-se o princípio da liberdade sindical, tornando-se impossível a interferência ou intervenção do Poder Público na organização sindical. Assim, desde então, o Ministério do Trabalho executa atos de cunho meramente administrativo, limitando-se à verificação do preenchimento dos requisitos de admissibilidade para o registro dos entes sindicais, não se cogitando da concessão de autorização ou "carta sindical". III - DISSOLUÇÃO DE SINDICATO. HIPÓTESE LEGAL RESTRITA ÀS SITUAÇÕES DE PROMOÇÃO DE ATIVIDADE ILÍCITA OU IMORAL. *O sindicato, como espécie do gênero associação, está sujeito à dissolução apenas nas hipóteses de promoção de "...atividade ilícita ou imoral..."*, na forma do art. 670 do CPC de 1939, em vigor nos termos do artigo 1.218, VII do Código de Buzaid (TRT-2 - RECEXOFF: 2064200820102002 SP 02064-2008-201-02-00-2, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 17/11/2009, 4ª TURMA, Data de Publicação: 04/12/2009).

Além disso, a Súmula 677 do STF autoriza o Estado (Ministério do Trabalho) a intervir na organização sindical, cabendo-lhe proceder ao registro – ato de reconhecimento da existência válida do sindicato para exercer atividades sindicais, como cobrar contribuições, celebrar acordos e convenções coletivas etc. – e zelar pela observância do princípio da unicidade, *in verbis*:

Súmula 677 do STF: "Incumbência do Ministério do Trabalho - Registro das Entidades Sindicais e Princípio da Unicidade. Até que lei venha a dispor a respeito, incumbe ao Ministério do Trabalho proceder ao registro das entidades sindicais e zelar pela observância do princípio da unicidade."

5 FUNDAMENTOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Tirantes os aspectos acima delineados a respeito dos limites da autonomia privada coletiva, não há negar que a autêntica negociação coletiva pressupõe a satisfação prévia de três requisitos fundamentais.

Primeiro, é preciso que haja *liberdade de negociação*. Ocorre que não há verdadeira liberdade sindical no Brasil. O sistema é o da unicidade sindical, que é imposto pelo Poder Público (lei), no qual só pode existir um sindicato por categoria numa mesma base territorial (não inferior à área de um Município). Esse sistema é antidemocrático, pois impede o pluralismo político, social e jurídico na vida sindical brasileira.

O trabalhador não é livre para se associar ao sindicato de sua preferência e, além disso, é obrigado a pagar contribuições sindicais compulsórias, geralmente descontadas em folha de pagamento de salários.

O Brasil encontra-se na contramão da História, pois é um dos poucos países que ainda não ratificaram a Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Por ser um modelo imposto, o que se vê, na prática, são assembleias de diretoria e não de categoria. Aliás, os trabalhadores não filiados nem sequer têm direito de votar nas assembleias que autorizarão a celebração da convenção ou acordo coletivo.

Segundo, a negociação livre exige um *mínimo de garantia do emprego*. O Brasil é campeão em rotatividade de mão de obra. O FGTS, que é único no mundo, extinguiu a estabilidade do trabalhador brasileiro. Sem garantia do emprego, os empresários vão à mesa de negociação com uma arma poderosa e desigual: a ameaça do desemprego.

O projeto permite que direitos sociais trabalhistas previstos na CLT ou na legislação infraconstitucional sejam negociados, ou melhor, renunciados, em troca do emprego. Ocorre que a redução geral dos direitos prevista em norma coletiva não impede que os empresários venham, posteriormente, a dispensar os trabalhadores. E o mais grave, se a entidade sindical profissional recusar-se à negociação, o art. 617, § 1º, da CLT permite que os próprios trabalhadores da empresa possam prosseguir na negociação coletiva.

A Convenção n. 158 da OIT consagra a responsabilidade social da empresa, ao limitar o poder de dispensa imotivada do trabalhador. Vale dizer, esse Tratado Internacional – ratificado e em curto prazo lamentavelmente denunciado pelo Governo brasileiro – em respeito à dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, exige um motivo técnico, econômico, financeiro ou comportamental do emprego para justificar a sua dispensa.

A Constituição brasileira consagra o direito à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que ainda encontra-se como a Bela Adormecida esperando o beijo do príncipe para ter vida.

Ora, porque não regulamentar esse direito fundamental dos trabalhadores – proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa – antes de se desregulamentar a CLT?

Terceiro, a *redução do custo Brasil não pode reduzir a dignidade do cidadão trabalhador*. A realidade está a demonstrar que todos os processos de flexibilização até agora implementados não redundou em criação de novos postos de trabalho.

Ao contrário do prometido, só precarizam direitos, contribuindo para a redução da massa salarial e para o aumento da informalidade do mercado de trabalho. A verdade é que os empregos só são criados, inclusive os formais, com o crescimento da economia, como ficou muito bem demonstrado em períodos anteriores.

Aliás, a massa salarial dos trabalhadores brasileiros é uma das mais baixas do mundo. O “Custo Brasil”, portanto, não é salarial, e sim dos encargos tributários e previdenciários.

Antes de se permitir a redução dos direitos trabalhistas, por meio de negociação coletiva, impõe-se a redução do apetite voraz do governo, mediante implantação da justiça tributária. Ademais, é preciso tributar as grandes fortunas, os grande oligopólios, como prescreve a Constituição Federal. A conta não pode ficar novamente para ser paga pela classe trabalhadora, o que, certamente, aumentará a desigualdade social e econômica no País e, conseqüentemente, todas as formas de violência que assistimos.

6 O NOVO PERFIL DO MPT NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SUA ATUAÇÃO EM DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

A Constituição de 1988, com a redação dada pela EC n. 45/2004, faz menção expressa ao Ministério Público do Trabalho, ora se referindo ao chamado “quinto constitucional” para a composição do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, I) e dos Tribunais Regionais do

Trabalho (art. 115, I), ora à sua integração ao Ministério Público da União (art. 128, I, b). Além disso, a nova redação dada pela referida emenda constitucional ao § 3º do art. 114 da CF conferiu expressamente ao MPT a função de ajuizar dissídio coletivo em caso de greve em atividade essencial que possa implicar lesão ao interesse público.

Por fazer parte do Ministério Público da União, o MPT é destinatário de todas as garantias, prerrogativas e vedações previstas na Constituição e nas leis que cuidam de sua organização, atribuições etc.

Assim como os membros dos outros Ministérios Públicos, os procuradores do Ministério Público do Trabalho já não são mais agentes do Poder Executivo, tampouco do Judiciário ou do Legislativo. É que, como já ressaltamos em outra obra,³ o Ministério Público, após a edição da Constituição Federal de 1988, passou a ser órgão constitucional extrapoderes, incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127), gozando de plena autonomia funcional, administrativa e financeira.

O Ministério Público do Trabalho é, hoje, portanto, o órgão especializado do Ministério Público da União que atua perante a Justiça do Trabalho com as sobreditas incumbências, ou seja, em defesa da democracia nas relações de trabalho, da ordem jurídica constitucional trabalhista e dos direitos ou interesses sociais e individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Pode-se dizer, sem receio de errar, que não foram recepcionados, por incompatibilidade com o art. 127 da CF, os arts. 736 e 737 da CLT, que consideravam os membros do MPT como agentes dos Poder Executivo.

Convém destacar, nesse passo, que alguns juslaboristas, sem atentar para a nova ordem constitucional, ainda insistem em dizer – *data venia*, inadvertidamente – que o Ministério Público do Trabalho continua sendo órgão do Poder Executivo, tendo em vista o disposto nos referidos artigos consolidados.

Aos que permanecem apegados ao texto obreiro, Valentin Carrion, com percuciência, adverte:

3 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 104 et. seq.

O Ministério Público é a instituição incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, como quer a Constituição Federal. A independência que a Carta Magna lhe concedeu leva a considerar superada a expressão que qualificou seus membros como “agentes diretos do Poder Executivo” (CLT, art. 736); o mesmo acontece com a subordinação ao Ministro do Estado (art. 737), posto que a Constituição lhe concede autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º), além da unidade e indivisibilidade.⁴

No mesmo sentido é a lição de Francisco Antônio de Oliveira:

O Ministério Público desatrelou-se do Poder Executivo, ganhando autonomia na função de *custos legis*. Sua vinculação ao Poder Executivo era prejudicial e neutralizava a sua verdadeira vocação, já que era de alguma forma obstado em suas iniciativas. Tem autonomia funcional e administrativa (art. 127, § 2º, CF/88).⁵

Pertinente é a observação de João de Lima Teixeira Filho:

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público ganhou organicidade e realce invulgar, a ponto de alguns chegarem a considerá-lo um quarto Poder da República, entendimento que, a nosso ver, é incompatível com a tripartição de Poderes (art. 2º da CF). Essa corrente majoritária da doutrina discrepa, no entanto, quanto ao seu entroncamento. A nosso ver, trata-se de órgão dotado de *autonomia*, conforme ênfase constitucional.⁶

Como já ressaltamos em outra obra,⁷ o Ministério Público, incluindo, é claro, o do Trabalho, não chega a ser um “quarto poder”, mas passou a ser, por força da nova ordem constitucional, um órgão especial não subordinado a nenhum dos Poderes, mas de natureza estatal, cujo fim precípua repousa na defesa dos interesses mais relevantes do cidadão e da sociedade, ainda que a violação a tais interesses

4 CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 533.

5 OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 694.

6 TEIXEIRA FILHO, João de Lima *et al.* *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 1285-1286.

7 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105.

provenha dos representantes dos Poderes (Executivo, Legislativo ou Judiciário) da República.

7 AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA X LIBERDADES INDIVIDUAIS OU COLETIVAS OU DIREITOS INDIVIDUAIS INDISPONÍVEIS DOS TRABALHADORES: ATUAÇÃO DO MPT

Dispõe o art. 83, IV, da LOMPU que compete ao Ministério Público do Trabalho junto à Justiça do Trabalho:

propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Trata-se de uma ação de conhecimento, que tem por objeto a declaração de nulidade de cláusula constante não apenas de convenções e acordos coletivos de trabalho, como também de contrato individual de trabalho.

Abstraindo-se a clássica concepção de que toda ação possui um conteúdo declaratório, a ação que estamos a estudar não se presta apenas a declarar a nulidade da cláusula. Ela assume característica de ação constitutiva negativa ou desconstitutiva, na medida em que o seu escopo é fazer com que a cláusula inquinada de ilegal seja expungida do contrato individual, do acordo coletivo ou da convenção coletiva de trabalho, deixando de produzir efeitos em relação às partes contratantes ou a terceiros por ela atingidos.

Em suma, estamos diante de uma ação de conhecimento de natureza constitutiva negativa. Trata-se, pois, de um remédio jurídico posto à disposição do Ministério Público do Trabalho quando este verificar que a cláusula inserta nos instrumentos acima referidos implique violação: (I) às liberdades individuais ou coletivas; (II) aos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

As liberdades individuais ou coletivas constituem, num primeiro instante, um dever de não fazer por parte do Estado, ou seja, o Estado deve abster-se da prática de certos atos que possa interferir no exercício dessas liberdades. Dentre as liberdades mais importantes (CF, art. 5º), podemos citar as que dizem respeito à vida, à segurança, à propriedade (embora esta deva atender à sua

função social), ao pensamento, à religião, à intimidade, à vida privada, à honra, à reunião, de fundar associação, de filiação ou desfiliação de associação etc.

Na seara laboral, encontramos a liberdade de fundação, de filiação ou desfiliação a sindicato (CF, art. 8º, *caput*, I e V), de aderir ou não à greve (CF, art. 9º), de celebrar contrato de trabalho, etc.

Dissemos num primeiro instante, porque os direitos e liberdades individuais foram concebidos para proteger o indivíduo contra o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais). Hoje, já se aceita a proteção do indivíduo contra outros indivíduos ou grupos de indivíduos (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas).⁸

No que concerne aos trabalhadores, podemos dizer que o rol dos direitos fundamentais sociais individuais dos trabalhadores previstos, basicamente, no art. 7º da CF, são absolutamente indisponíveis, ou seja, não podem ser extintos ou reduzidos por normas heterônomas ou autônomas, seja porque constituem o chamado piso vital mínimo ou mínimo existencial, seja porque se afinam com os princípios da progressividade ou da melhoria das condições socioeconômicas e se amparam no princípio da vedação do retrocesso social.

No plano infraconstitucional, podemos dizer que os arts. 9º e 444 da CLT oferecem-nos os parâmetros que devem ser utilizados para a caracterização dos direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Assim, se o empregador insere num contrato individual de trabalho uma cláusula que obrigue empregado adolescente (com idade entre 16 e 18 anos incompletos) ao cumprimento de jornada noturna ou insalubre, poderá o seu representante legal ou o Ministério Público do Trabalho (CLT, art. 793) pleitear a nulidade da cláusula e as reparações materiais e morais correspondentes, se for o caso.

Ressalta, ainda, Sergio Pinto Martins que:

Seria também possível o pedido de anulação de cláusulas de acordo ou convenção coletiva que violassem a Constituição ou a lei ordinária, quanto a direitos mínimos do trabalhador, como de o empregador deixar de anotar CTPS do empregado, de se reduzir

8 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 174-185.

alíquota do FGTS ou de determinar o pagamento diretamente ao empregado, de estabelecer jornada superior à prevista no inciso XIII do art. 7º da Lei Maior. São direitos indisponíveis e irrenunciáveis do trabalhador, que não poderiam ser alterados por convenção ou acordo coletivo. Estas normas, de uma maneira geral, podem alterar a relação de emprego para melhor e não para pior, salvo as hipóteses dos incisos VI e XIV da Lei Magna.⁹

A hipótese mais comum da utilização pelo Ministério Público do Trabalho da ação em exame é a que tem por escopo a anulação de cláusula de acordo coletivo ou convenção coletiva, estabelecendo desconto a título de contribuição confederativa e contribuição assistencial.

São três, basicamente, os fundamentos jurídicos da ação anulatória aforada pelo *Parquet* Laboral:

- a) os descontos instituídos pelas assembleias sindicais não devem constar de convenção ou acordo coletivo, por não constituírem matéria que deva ser tratada nestes instrumentos, já que são estranhas à relação de emprego existente entre empregado e empregador. É dizer, as contribuições em apreço interessam apenas à entidade sindical, figurando o empregador como mero repassador dos valores descontados dos empregados;
- b) a instituição da cláusula para os não filiados ao sindicato fere o princípio da liberdade de associação e de sindicalização;
- c) por ser matéria estranha para ser inserida em convenção ou acordo coletivo, o desconto viola, também, o princípio da irredutibilidade e intangibilidade dos salários.

Vale ressaltar que a mais Alta Corte Trabalhista editou o Precedente Normativo n. 119, do seguinte teor:

CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS (mantido - DEJT divulgado em 25.08.2014). A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoreamento ou fortalecimento sindical e outras da

9 MARTINS, Sergio Pinto. Ação anulatória de cláusulas convencionais. *Revista Trabalho & Doutrina*, São Paulo: Saraiva, n. 13, jun. 97. p. 46.

mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.

A SDC/TST, por sua vez, editou a OJ n. 17, reconhecendo a inconstitucionalidade das cláusulas que estendem as contribuições para entidades sindicais aos não associados, mas eventuais devoluções dos valores cobrados indevidamente devem ser objeto de ação própria, que não é a ação anulatória. Eis a redação do verbete em causa:

CONTRIBUIÇÕES PARA ENTIDADES SINDICAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DE SUA EXTENSÃO A NÃO ASSOCIADOS (mantida – DEJT, divulgado em 25.08.2014). As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados.

Nesse contexto, é importante lembrar que o STF editou a Súmula Vinculante de n. 40, oriunda da conversão da então Súmula n. 666 daquela Corte, com a seguinte redação: “A contribuição confederativa de que trata o artigo 8º, IV, da Constituição Federal, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”. Esse entendimento jurisprudencial, que se apoia em sucessivas decisões proferidas por ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal (RE 178.927/AC, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – RE 179.290/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – RE 194.788/SP, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 198.092/SP, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.), enfatiza – com fundamento no postulado constitucional que garante a liberdade de associação – que a contribuição confederativa, fixada por deliberação da assembleia geral das organizações sindicais, não se reveste de caráter tributário e somente se mostra exigível àqueles que se achem formalmente filiados ao sindicato (RTJ 166/355-356 – RTJ 174/287 – RTJ 175/1195).

Por outro lado, lembramos que a ação civil pública também pode ser promovida com o objetivo mais amplo que o da ação anulatória sob exame, como, por exemplo, na hipótese em que o MPT postula, além da declaração incidental de nulidade da cláusula convencional, a repetição dos valores descontados indevidamente a título de contribuições assistenciais ou confederativa nos salários dos trabalhadores não associados aos sindicatos.

É importante salientar que o objeto das ações anulatórias de instrumentos coletivos de autocomposição vem sendo ampliado para além das citadas cláusulas que dispõem sobre contribuições sindicais compulsórias para os trabalhadores não filiados ao sindicato. Noutro falar, cláusulas derogatórias de direitos fundamentais sociais dos trabalhadores têm sido rotineiramente inseridas em convenções e acordos coletivos, como as que estabelecem jornadas exaustivas, abolição de repousos etc., o que vem demandando a atuação judicial do MPT. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. REGIME DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM JORNADAS DE 12 HORAS DURANTE QUINZE DIAS, SEGUIDOS DE QUINZE DIAS DE FOLGA. INTERVALO INTRAJORNADA. SUPRESSÃO. EXCLUSÃO DA REDUÇÃO FICTA DA HORA NOTURNA SEM COMPENSAÇÃO ADICIONAL. INVALIDADE DA CLÁUSULA. 1. A cláusula do acordo coletivo de trabalho fixou o regime de prestação de serviços em jornada de 12 horas durante quinze dias, seguidos de quinze dias de folga, implicando, portanto, o cumprimento de 84 (oitenta e quatro) horas semanais, o que extrapola o limite de 44 horas imposto no art. 7º, XIII, da Constituição Federal. 2. Além disso, a cláusula coletiva prevê a supressão do intervalo para descanso e refeição, o que também a invalida, uma vez que o intervalo intrajornada constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva, nos termos do item II da Súmula n. 437 deste Tribunal. Relativamente à hora noturna ficta, de igual modo, é nula a cláusula que a suprimiu sem compensação aos trabalhadores (Súmula n. 60 do TST). Recurso ordinário a que se dá provimento (TST-RO 1639-60.2010.5.08.0000, Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa, SDC, DEJT 17.5.2013).

A legitimidade para propor a ação anulatória de cláusula de acordo coletivo ou convenção coletiva é facultada ao Ministério Público do Trabalho, o qual atuará como substituto processual em defesa da ordem jurídica que protege os trabalhadores que sofreram ou sofrerão lesão em seus direitos indisponíveis ou liberdades.

Cuidando-se, porém, de ação anulatória aforada pelo Ministério Público do Trabalho, o pedido deveria cingir-se à declaração de nulidade da cláusula ilegal ou indevidamente inserta em convenção ou

acordo coletivo de trabalho, isto é, não se poderia, por meio desta ação especial, pleitear devolução de valores descontados nem impedir que as partes inserissem cláusula de idêntico jaez em instrumentos coletivos futuros.

Com efeito, se a competência funcional originária é dos tribunais, pois a ação guardaria similitude com o dissídio coletivo, cuja sentença normativa possui natureza declaratória ou constitutiva – jamais condenatória –, não seria a ação anulatória o remédio judicial adequado para compelir as partes a devolverem os valores descontados.

Convém sublinhar, contudo, que a jurisprudência, inclusive do Tribunal Superior do Trabalho, é vacilante a tal respeito, ou seja, ora admite a cumulação do pedido constitutivo negativo com o pedido condenatório, ora só admite o primeiro.

De toda a sorte, cremos ser factível, em função do princípio da economia processual e, sobretudo, visando a evitar o ajuizamento de novas ações – tão caras ao Poder Público e ao contribuinte –, a cumulação do pedido de não inclusão (tutela inibitória) da cláusula impugnada nas convenções e acordos coletivos futuros. Esta medida confere certeza e segurança jurídica às relações coletivas de trabalho, evita novas lesões aos direitos dos trabalhadores e impõe respeito às decisões judiciais.

Além disso, o pedido de abstenção para inclusão de cláusula atentatória ao princípio da liberdade sindical em avenças coletivas futuras não é, a rigor, de natureza condenatória. Trata-se de uma autêntica tutela inibitória para evitar a (futura) prática ou reiteração de ato ilegal/inconstitucional da entidade sindical por meio de convenção ou acordo coletivo. O fundamento de tal pedido repousa na aplicação analógica e combinada dos arts. 84, § 5º, do CDC e 11 da LACP (Lei n. 7.347/1985).

Ademais, o parágrafo do art. 497 do CPC/2015 não deixa mais dúvida quanto ao reconhecimento das tutelas inibitórias no ordenamento jurídico brasileiro, nos seguintes termos:

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Ora, parece-nos claro que pode – e deve – o Tribunal conceder a tutela específica destinada a inibir a reiteração ou a continuação do ilícito (inserir cláusula da mesma natureza declarada inválida pelo próprio tribunal), máxime quando se está diante de cláusula ofensiva a direitos sociais indisponíveis ou liberdades fundamentais dos trabalhadores.

O MPT, não raro, tem postulado, ainda, a fixação de multa (*astreinte*), em caso de descumprimento da obrigação de fazer (ou não fazer), reversível ao FAT, aplicando-se, para tanto e por se entender compatível, o disposto nos arts. 13 da Lei n. 7.347/1985 e 11, V, da Lei n. 7.998/90. Em algumas ações anulatórias, tem-se verificado o requerimento de destinação de tais multas (*astreintes*) ao Fundo Nacional da Educação ou aos Fundos Estaduais (ou Municipais) da Infância e Adolescência (ou outro fundo institucional ou, ainda, em benefício da comunidade lesada).

8 A AÇÃO ANULATÓRIA DE CLÁUSULA DE CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVO DO TRABALHO E A LEI DA REFORMA TRABALHISTA

A ação anulatória ora focalizada é o remédio jurídico posto à disposição do MPT quando este verificar que a cláusula inserta nos instrumentos acima referidos violar: (I) as liberdades individuais ou coletivas; (II) os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

As liberdades individuais ou coletivas constituem, num primeiro instante, um dever de não fazer por parte do Estado, ou seja, o Estado passa a se abster da prática de certos atos em respeito a essas liberdades.

Entre as liberdades individuais mais importantes, podemos citar a liberdade do direito à vida, à igualdade, à segurança, à propriedade (embora esta deva atender à sua função social), ao pensamento, à religião, à intimidade, à vida privada, à honra etc. No rol das liberdades coletivas, destacamos o direito de reunião para fins pacíficos, o direito de livre associação civil etc. Todas essas liberdades estão previstas no art. 5º da CF.

Na seara laboral, encontramos a liberdade de filiação ou desfiliação a sindicato (CF, art. 8º, V).

No que concerne aos direitos indisponíveis dos trabalhadores, o art. 444 da CLT oferece-nos os parâmetros que devem ser utilizados para a sua caracterização.

Assim, se o empregador insere num contrato individual de trabalho uma cláusula que obrigue empregado adolescente (com idade entre dezesseis e dezoito anos incompletos) ao cumprimento de jornada extraordinária fora das hipóteses permitidas pelo art. 413 da CLT, poderá o seu representante legal ou o MPT (CLT, art. 793) pleitear a nulidade da cláusula e as reparações correspondentes, se for o caso.

Com o advento do art. 611-A da CLT (com redação dada pela Lei n. 13.467/2017), surgirão dúvidas sobre a redução das hipóteses de cabimento da ação anulatória de cláusulas previstas em convenções ou acordos coletivos de trabalho, pois estes passarão, como fontes do Direito, a ter supremacia sobre a lei quando dispuserem sobre as situações previstas nos incisos I a XV do art. 611-A do texto consolidado.

O art. 611-B da CLT (acrescentado pela Lei n. 13.467/2017), por outro lado, amplia o cabimento da ação anulatória, dispondo sobre a vedação de instituição de cláusulas em ACT ou CCT que suprimam ou restrinjam diversos direitos dos trabalhadores.

Lamentavelmente, o parágrafo único do art. 611-B da CLT prevê que as “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo”. Entretanto, são exatamente as situações de aumento da duração diária ou semanal do trabalho que acarretam acidentes ou doenças do trabalho, ou seja, violam direitos fundamentais relacionados à saúde e à segurança do trabalhador no meio ambiente do trabalho, sendo certo que as jornadas exaustivas podem, inclusive, tipificar crime de redução análoga à condição de escravo, tal como previsto no art. 149 do Código Penal.

É importante registrar que o TST vem acolhendo pedido de anulação de cláusulas convencionais que violem normas de ordem pública. Nesse sentido:

RECURSO ORDINÁRIO DA JSL S.A. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.467/2017. AÇÃO ANULATÓRIA PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. 1. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. ART. 485, VI, DO CPC. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO ANULATÓRIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. Em que pese já ter expirado a vigência do instrumento normativo autônomo, as normas neles contidas são passíveis de verificação e anulação se violarem a lei. Afinal, ao menos durante o período da vigência, as condições de trabalho estabelecidas no Acordo Coletivo integraram os contratos da categoria profissional. Não há, portanto, que se falar em perda do objeto, porquanto as condições fixadas no instrumento normativo, cujas normas foram impugnadas, geraram direitos e obrigações para as Partes envolvidas. Nessa linha, infere-se que é inquestionável a possibilidade de se impugnarem as normas constantes do instrumento normativo autônomo e, se for o caso, declará-las nulas, na hipótese de malferirem a legislação em vigor. Julgados desta SDC. Recurso ordinário desprovido, no tema. 2. CLÁUSULA 42^a – ATESTADOS MÉDICOS E ODONTOLÓGICOS. LIMITAÇÃO DOS DIAS DE ABONO A APENAS QUATRO DIAS. Esta Seção Especializada tem o entendimento de que é inválida cláusula de instrumento normativo autônomo que limita os dias de abono concedido em atestado médico ou odontológico fornecido por profissional credenciado ao sindicato obreiro, uma vez que não há na ordem jurídica restrição à validade do abono de faltas por esse meio. Julgados desta SDC, inclusive, envolvendo os mesmos entes coletivos. Recurso ordinário desprovido, no aspecto. 3. CLÁUSULA 46^a – CONTRIBUIÇÃO DE CUSTEIO. O princípio da autonomia sindical (art. 8º, I e III, da CF) sustenta a garantia de autogestão às organizações associativas e sindicais dos trabalhadores, sem interferências empresariais ou do Estado. Trata o princípio, dessa maneira, da livre atuação externa, sua sustentação econômico-financeira e sua desvinculação de controles administrativos estatais ou em face do empregador. No caso vertente, a cláusula impugnada pelo MPT estabelece o percentual de 1,5% sobre a folha de pagamento do mês de dezembro, a ser adimplida pela empresa Ré, a título de contribuição de custeio. Nesse contexto, a norma em questão viola, frontalmente, a autonomia sindical (art. 8º, I e III, da CF) e o disposto no art. 2º, item 2, da Convenção n. 98 da OIT, uma vez que estabelece contribuição assistencial a ser suportada pela categoria patronal em favor da entidade profissional. Julgados desta SDC. Recurso ordinário desprovido” (RO-1-11.2018.5.08.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 21-5-2019).

Como se vê, a jurisprudência do TST caminha no sentido de acolher a pretensão ministerial nas ações anulatórias que tiverem por objeto a invalidação de cláusulas constantes de convenções ou acordos coletivos que violem direitos indisponíveis dos trabalhadores.

Sobreveia ressaltar, contudo, que o parágrafo único do art. 8º da CLT, que permitia a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho, desde que respeitada a sua compatibilidade com os princípios fundamentais do ramo especializado, foi convertido em três parágrafos pela Lei n. 13.467/2017, passando a determinar 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 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (CLT, art. 8º, § 3º).

Como contraponto à literalidade dos §§ 1º, 2º e 3º do art. 8º da CLT, incluídos pela Lei 13.467/2017, lembramos o Enunciado 2 aprovado na II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:

HERMENÊUTICA APLICÁVEL À LEI 13.467/17. A hermenêutica da Lei 13.467/17 deve observar a interpretação sistemática e finalística, conforme a Constituição. Trata-se de dever do juiz, com respaldo no artigo 2º do Código de Ética da Magistratura/CNJ, bem como nos artigos 1º, 8º e 139 do Código de Processo Civil, além do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e artigos 8º, *caput*, e 769 da CLT.¹⁰

Com efeito, o novel § 3º do art. 8º da CLT, há de ser interpretado conforme a Constituição, isto é, no sentido de que os órgãos judiciais que integram a Justiça do Trabalho terão ampla liberdade de interpretar não apenas os elementos essenciais formais dos instrumentos coletivos normativos do negócio jurídico à luz do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva como também o conteúdo substancial das suas cláusulas, de modo a aferir se, no caso concreto analisado, as normas constitucionais veiculadoras de direitos fundamentais dos

10 Disponível em: https://www.anamatra.org.br/attachments/article/27175/livre_to_RT_Jornada_19_Conamat_site.pdf. Acesso em: 13 ago. 2019.

trabalhadores, portanto, normas de ordem pública, estão, de fato, em conformidade com a Constituição Federal, os Tratados de Direitos Humanos (inclusive, as Convenções da OIT), ratificados pelo Brasil e as normas infraconstitucionais que disponham sobre liberdades individuais ou coletivas ou direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

9 CONCLUSÃO

Em arremate, e respondendo à pergunta formulada na introdução, é vedado ao Ministério Público do Trabalho, como órgão estatal, intervir ou interferir extrajudicialmente na negociação coletiva de trabalho, que é um procedimento prévio da celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho.

Convertida a negociação coletiva em convenção ou acordo coletivo, aí sim, o MPT poderá ajuizar perante a Justiça do Trabalho ação para declarar a nulidade de cláusula constante desses instrumentos para assegurar as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Poderá, ainda, o MPT, como fiscal do ordenamento jurídico, ao examinar parecer em qualquer processo judicial, requerer a declaração de nulidade de cláusula constante de convenção ou acordo coletivo que viole os referidos direitos e liberdades dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARTINS, Sergio Pinto. Ação anulatória de cláusulas convencionais. *Revista Trabalho & Doutrina*, São Paulo: Saraiva, n. 13, jun. 97. p. 46.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Consolidação das leis do trabalho comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

TEIXEIRA FILHO, João de Lima *et alli*. *Instituições de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 1996.

FLÁVIA MOREIRA GUIMARÃES PESSOA

Conselheira do Conselho Nacional de Justiça. Juíza do Trabalho (TRT 20ª Região). Professora do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe e da Universidade Tiradentes. Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutora em Direito Público pela UFBA. Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho. Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Santa Catarina. Acadêmica da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Academia Sergipana de Letras Jurídicas.

SILVIA HELENA PARÁBOLI MARTINS MALUF

Juíza do Trabalho (TRT 20ª Região). Mestranda em Direito Constitucional. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Orlando Gomes. Especialista em Direito Tributário pela Fundação Orlando Gomes. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Tiradentes.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA E REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL

Sumário: 1 Introdução. 2 Do Direito do Trabalho e a proteção do trabalhador. 3 Da flexibilização das normas trabalhistas. 4 Do negociado sobre o legislado. 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Muito nos alegra, como magistradas da Justiça do Trabalho em Sergipe e ex-alunas da Universidade Federal da Bahia e da Fundação Orlando Gomes, prestar esta homenagem ao juiz e professor José Augusto Rodrigues Pinto, verdadeiro referencial no mundo acadêmico, figura de destaque no cenário nacional que representa a cultura jurídica da Bahia e do Nordeste brasileiro como um todo.

Neste artigo analisaremos parte da reforma trabalhista que ocorreu com a Lei n. 13.467/2017, mais especificamente a alteração efetuada no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que possibilitou aos sindicatos elaborarem acordos ou convenções coletivas as quais prevalecerão sobre as leis, ou seja, possibilitou que o negociado se sobreponha ao legislado.

A abordagem será feita a partir da Constituição Federal e para o desenvolvimento do estudo se utilizará a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial acerca da matéria, e, lançando mão do método dedutivo, serão apresentadas conclusões.

Para que se atinja o objetivo proposto, o artigo foi dividido em quatro partes. Na primeira parte trataremos sobre o nascimento do Direito do Trabalho, sua função e as técnicas de proteção do trabalho; na segunda parte falaremos sobre a flexibilização das normas trabalhistas e o entendimento jurisprudencial prevalecente; e, por último, apresentaremos nossas conclusões.

2 DO DIREITO DO TRABALHO E A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

O Direito do Trabalho é um ramo do Direito que possui princípios, teorias, regras e institutos próprios que têm por escopo regular não só as relações de trabalho como as relações de emprego, concedendo ao trabalhador, hipossuficiente, tratamento diferenciado para que possa atingir um patamar social digno.

O Direito do Trabalho surgiu a partir da movimentação dos trabalhadores por melhoria das condições de trabalho, no final do século XIX, especialmente após a Revolução Industrial, os quais se insurgiram contra o regime liberal que apenas garantia a liberdade formal entre os indivíduos, situação esta que permitia extensas jornadas, ambientes de trabalho inóspitos, ausência de repouso remunerados ou férias, trabalho infantil, dentre outros.

O trabalho, portanto, era livre, e não havia nenhuma norma que restringisse atos atentatórios à dignidade humana, o que fez surgir nos trabalhadores a consciência associativa com o intuito de buscar uma vida melhor, o que fez necessária a intervenção do Estado para apaziguar as revoltas que desestruturavam a produção, interferindo no lucro da classe burguesa.

Buscou-se, pois, compensar a inferioridade econômica do empregado, igualando-o juridicamente ao empregador, surgindo, pois, o Direito do Trabalho.

Vale destacar que, no início da Revolução Industrial, as reações circunscreveram-se a um círculo individual, devido às dificuldades de comunicação entre os trabalhadores, resultando em reivindicações personalistas; porém, com a urbanização da industrialização, os trabalhadores ficaram mais próximos, o que lhes proporcionou maior comunicação acerca das queixas que eram comuns, despertando neles a consciência coletiva, o que impulsionou o surgimento do Direito Coletivo do Trabalho, ramo do Direito do Trabalho.¹

Pode-se dizer, portanto, que o Direito do Trabalho tem como ponto nuclear a proteção do trabalhador. Esse, inclusive, é o posicionamento de Rodrigo de Lacerda Carelli:

1 RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 36-39.

E esse direito com racionalidade diversa é o direito do trabalho, e sua base é o princípio da proteção. O direito do trabalho, assim, não pode ser considerado como “o ramo do direito que regula as relações de trabalho” ou que “prevê direitos e deveres a empregados e empregadores”. O direito do trabalho digno desse nome é o ramo do direito composto de regras, princípios, institutos e instituição que realiza a proteção do trabalhador nas relações de trabalho. A proteção, por sua vez, vai ser implementada ao limitar o poder do empregador, impedindo-o de impor sempre sua própria vontade. O pressuposto do direito do trabalho é que o empregador vai realizar sua vontade e vai transformá-la em cláusula contratual, impedindo a lei que isso ocorra em determinados momentos (arts. 9º e 444 da CLT).²

Importante registrar que parte da doutrina não entende o Direito do Trabalho como direito protetivo do trabalhador, a exemplo de Arion Sayão Romita, para quem a função do Direito, qualquer que seja o ramo, não é de proteger uma das partes da relação social, mas, sim, regular a relação em busca do ideal de justiça, e, se o ideal de justiça for tendente a equilibrar um dos polos da relação, por estar em posição desfavorável em relação à outra parte, concede-se àquela parte desfavorecida algum benefício.³

Como demonstra a história, a intervenção estatal se faz necessária, pois sendo o trabalhador a parte mais fraca na relação, em razão da sua subordinação ao empregador, não tem condições de discutir livremente as cláusulas que comporão o pacto, afetando, pois, o seu consentimento. Tal inferioridade inclusive permanece durante toda a relação de emprego, porque o empregado continua em uma situação que não lhe dá condições de manifestar livremente sua vontade.⁴ Em muitos casos, o trabalhador sequer possui nível intelectual suficiente para celebrar um contrato, ou seja, para debater

2 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O princípio da proteção em xeque. *Revista TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, out./dez. 2017, p. 322. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128111/2017_carelli_rodrigo_principio_protecao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 set. 2020.

3 ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 4, n. 36, maio 2002, n.p. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/838/826>. Acesso em: 31 ago. 2020.

4 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 23.

com o empregador as cláusulas que compõem o pacto, pois não tem consciência dos direitos trabalhistas que possui. Tais circunstâncias fazem do Direito do Trabalho um ramo especial, tanto que a Justiça do Trabalho é chamada de "especializada", uma vez que possui normas específicas aplicáveis às relações de trabalho.

De acordo com Pinho Pedreira,⁵ os meios de proteção utilizados pelo Direito do Trabalho são denominados "técnicas de proteção" e consistem em três espécies: intervenção estatal; negociação coletiva; e autotutela.

Quanto à primeira, esta se faz através de normas imperativas, de ordem pública, inderrogáveis pela vontade das partes, que consistem em garantias mínimas para o trabalhador.⁶

A negociação coletiva, segunda técnica de proteção, diz respeito à autonomia privada das relações de trabalho e consiste na elaboração de normas autônomas confeccionadas pelas próprias categorias profissionais interessadas, sendo essa a forma mais moderna de regulamentação de interesses, que funciona quando os trabalhadores são fortemente organizados em sindicatos que possuem poder de barganha.⁷

Para o ministro Mauricio Godinho Delgado "a negociação coletiva, ao cumprir seus objetivos gerais e específicos, alcança uma situação de pacificação no meio econômico-profissional em que atua".⁸ De acordo com o autor, da negociação coletiva, no Brasil, podem ser produzidos dois diplomas: a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho. A diferença entre ambos, de acordo com José Augusto Rodrigues Pinto,⁹ é subjetiva, pois, para a celebração da convenção coletiva, exige-se a presença do sindicato dos empregadores, de um lado, e dos empregados, de outro; para a celebração do acordo coletivo, por outro lado, não se exige a participação do sindicato dos empregadores.

5 SILVA, 1999, p. 30.

6 SILVA, 1999, p. 30.

7 SILVA, 1999, p. 31.

8 DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 164.

9 RODRIGUES PINTO, 1998, p. 222.

O dissídio coletivo, por sua vez, nasce com a pretensão de tutela dos interesses coletivos, profissionais e econômicos, em conflito e pode ser de duas espécies: jurídico e econômico. O da primeira espécie objetiva a interpretação genérica de normas relativas às relações de trabalho; e a segunda tem por escopo a criação de novas normas ou de modificação das já existentes.¹⁰

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 114, atribui a competência à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios coletivos, permitindo, frustrada a negociação coletiva, a eleição de árbitro (art. 114, § 1º).

De acordo com o § 2º do art. 114 da Constituição Federal de 1988, recusando as partes à negociação ou à arbitragem, poderão ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, cabendo à Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. Nesse caso podemos dizer que a pacificação do conflito será por heterocomposição, porquanto não será produzida pela atuação das próprias partes interessadas.

A terceira técnica de proteção elencada por Pinho Pedreira é a autotutela, que diz respeito ao apelo à ação, ou seja, é a defesa pelos próprios grupos ou indivíduos através de "ação direta", sendo exemplo dessa modalidade de técnica de proteção a greve e o *lockout*.¹¹

De acordo com ministro Mauricio Godinho Delgado, "[a] autotutela traduz, inegavelmente, modo de exercício direto de coerção pelos particulares",¹² consistindo no modo mais antigo de pôr fim a um conflito de interesses.¹³

Do que foi dito acima, concluímos que a negociação coletiva tem grande importância no Direito do Trabalho, sendo esta forma de pacificação de conflitos de interesses entre empregados e empregados, dando-se, portanto, no âmbito coletivo, que irá influenciar os contratos de trabalho de determinada categoria de trabalhadores, enquanto vigorar, o que não poderá ser superior a dois anos (art. 614, § 3º, da CLT).

10 SILVA, 1999, p. 31.

11 SILVA, 1999, p. 32.

12 DELGADO, 2003, p. 165.

13 RODRIGUES PINTO, 1998, p. 157.

3 DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O constitucionalismo está voltado para cumprir o seu primado básico que é a dignidade da pessoa humana; todavia, essa é uma realidade apenas formal. A Constituição da República, por si só, não está sendo capaz de dar efetividade aos preceitos nela estabelecidos. É preciso atitude!

Como observou a ministra Cármen Lúcia:

Não é novo, nem mesmo raro, que constituições traduzam excelentes propostas, mas não sejam capazes de concretizar os projetos dos povos que as formulam. Ou talvez sejam mesmo os povos, seus autores, que não as conseguem concretizar. Na América Latina, particularmente, tem sido uma constante ter-se a norma, mas não a sua aplicação, o seu acatamento, a sua observância, especialmente pelos governantes, caudilhos com gana de poder e ojeriza a limites, mais ainda a direitos.¹⁴

Além disso, o Brasil possui um número alarmante de desempregados, situação agravada com a pandemia de Covid-19. O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁵ apurou o número de 12,8 milhões de desempregados no segundo trimestre de 2020. O trabalho informal cresce a cada dia, e é nesse contexto que tem ocorrido a flexibilização das condições de trabalho.

O discurso para a flexibilização das normas trabalhistas foi o de que estas eram velhas e precisavam ser modernizadas para que voltasse o crescimento da oferta de empregos. Na realidade, "essas políticas decorrem da (falsa) suposição de que a legislação trabalhista constitui o principal obstáculo ao pleno emprego e deveria ser desmantelada para aumentar a competitividade das empresas".¹⁶

14 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 117, abr./jun. 2009, p. 74.

15 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desemprego. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 7 mar. 2021.

16 SUPIOT, Alain. Lei e trabalho. Um mercado mundial de regras? Tradução de Rinaldo José Varussa. *Revista Tempos Históricos*, Marechal Cândido Rondon, v. 17, 1º sem. 2013, p. 157.

Inclusive, existem estudos feitos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) e pela Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), os quais demonstram não haver correspondência entre geração de empregos e baixa proteção dos trabalhadores; ao contrário, a tutela do trabalho permite melhor distribuição de rendas, mantendo, assim, a economia aquecida.¹⁷

De acordo com Cléber Lúcio Almeida:

Não se olvide de que o enfraquecimento do Direito do Trabalho é o enfraquecimento de uma das mais relevantes linhas de defesa da dignidade humana, da justiça social e da democracia, o que exige um olhar crítico para as respostas construídas em razão e para combater crises econômicas.¹⁸

Aprovada a Lei n. 13.467/2017, mais de cem artigos da CLT foram alterados, e dentre as modificações ocorridas está o art. 611, que prevê a supremacia do negociado sobre o legislado, sendo este artigo legal o objeto do nosso estudo.

Tal dispositivo amplia a possibilidade de flexibilização das normas trabalhistas iniciada com a lei acima mencionada, pois possibilita que, por meio de acordos e convenções coletivas de trabalho, disponham as partes convenientes acerca das matérias elencadas no dispositivo legal, sendo estas exemplificativas, e que prevalecerão sobre as disposições legais.

Apesar de antes da Reforma Trabalhista já existisse a possibilidade de o negociado prevalecer sobre o legislado, assim ocorria somente nas hipóteses em que fossem estabelecidos direitos mais vantajosos aos trabalhadores do que aqueles previstos em lei.

Assim, os processos negociais coletivos poderiam criar normas jurídicas “em harmonia com a normatividade heterônoma estatal”,¹⁹ ou

17 TRINDADE, Rodrigo. Conveniência, legitimidade e oportunidade da reforma trabalhista. *Anamatra*, Brasília, 22 mar. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25077-conveniencia-legitimidade-e-oportunidade-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 31 ago. 2020.

18 ALMEIDA, Cleber Lúcio. Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 3, n. 91, jan./jun. 2015, p. 238.

19 DELGADO, 2003, p. 57.

seja, "negociado já tem prevalecido sobre o legislado quando é para estabelecer condições mais benéficas ao trabalhador".²⁰⁻²¹

4 DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Como dito acima, os acordos e convenções coletivas sempre foram utilizados para acrescentar direitos aos trabalhadores não previstos em lei. Todavia, a partir da edição da Lei n. 13.467/2017, passou-se a ter a previsão expressa (art. 611 da CLT) permitindo que acordos ou convenções coletivas se sobreponham às leis, ou seja, disponham de forma contrária ao quanto estipulado em lei, retirando direitos dos trabalhadores.

Assim, as normas convencionais que eram utilizadas para atribuir direitos aos trabalhadores não previstos em lei agora poderão ser instrumentos de supressão de direitos trabalhistas previstos em lei. Tal dispositivo legal, no nosso entender, utilizando-se da interpretação literal, ignorou diversas disposições constitucionais.

Em primeiro lugar, o *caput* do art. 7º da Constituição Federal consagra que os direitos elencados nos incisos que o seguem visam à melhoria das condições sociais do trabalho, sem prejuízo de outros. Nessa linha, reconhece-se a forma incisiva na inserção do princípio protetor no texto constitucional, ao prever um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores, com a possibilidade de criação de outros para a melhoria de suas condições de existência. E, ainda que assim não fosse, "os fundamentos do Estado brasileiro pertinentes à dignidade da pessoa humana e à valorização social do trabalho seriam suficientes para admitir sua inserção em nível constitucional do postulado tuitivo".²²

20 MARTINS, Sérgio Pinto. A reforma trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, ano XXVII, n. 329, nov. 2016, p. 39.

21 Em sentido contrário se manifestou Otávio Augusto Reis de Sousa: "A se entender dessa forma acima proposta, perderia sentido por completo a negociação coletiva ou seu interesse, uma vez que seria apenas possível acrescentar direitos, nas mais, nada além. Que seria neste mote sua utilidade? Que sindicato patronal ou empresa se proporia a negociar se somente fosse possível onerar ainda mais a produção?" (SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 71).

22 SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 791.

Nos incisos VI, XIII e XIV do dispositivo constitucional acima citado há previsão expressa das hipóteses em que o negociado poderia derrogar o legislado, sendo esses, portanto, os limites das normas autônomas. Portanto,

ali estão os parâmetros constitucionais à flexibilização via negociação coletiva. O negociado sobre o legislado não pode ultrapassar os limites constitucionais estabelecidos na regra maior: compensação de jornada e redução de salário.²³

Carlos Henrique Bezerra Leite manifestou-se da mesma forma ao afirmar que

tanto isso é verdade que legislador constituinte somente permitiu, de forma excepcional, a flexibilização *in pejus*, mediante convenção ou acordo coletivo, em duas hipóteses bem definidas: salário e jornada.²⁴

O próprio art. 114, § 2º, da Constituição Federal de 1988, já citado, ao atribuir a competência à Justiça do Trabalho para dirimir o conflito coletivo resultante do dissídio coletivo, condicionou a decisão à observância das disposições mínimas legais de proteção ao trabalhador.

Isso nos leva a concluir que os mandamentos constitucionais sempre foram no sentido de preservação da lei em caso de acordo ou convenção coletiva, ou seja, somente pode ser objeto de negociação coletiva aquilo que não contrarie as leis de proteção ao trabalhador, com as exceções previstas na própria Constituição.

Podemos citar, também, a infração ao disposto no art. 1º, incisos II e III, que tem como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana; no art. 3º, que trata sobre os objetivos fundamentais da República; e no art. 60, § 4º, inciso IV, que veda a abolição dos direitos fundamentais por medida provisória, todos da Constituição Federal.

Acrescenta-se que as prescrições contidas no art. 611 da CLT também vão de encontro aos princípios da proteção e da aplicação da regra mais favorável ao trabalhador, inerentes ao Direito do Trabalho.

23 MENEZES, Claudio Armando Couce. O negociado sobre o legislado. *Revista TST*, Brasília, v. 68, n. 2, abr./jun. 2002, p. 157.

24 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, ano XXVII, n. 329, nov. 2016, p. 10.

Aliás, o art. 620 da CLT, também modificado pela Lei n. 13.467/2017, textualmente mitiga o princípio da norma mais favorável ao dispor que as condições dispostas em acordo coletivo sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho.

Tal circunstância pode levar empregadores, sobretudo naquelas categorias que não possuem sindicatos atuantes, a alterar o quanto previsto nas convenções coletivas. Além disso, uma mesma categoria poderá ser regida por diferentes normas autônomas, causando uma precarização ainda maior.

Isso tudo sem falar na desvalorização dos sindicatos também provocada pela Lei n. 13.467/2017, que removeu a obrigatoriedade do pagamento da contribuição sindical; retirou dos sindicatos a obrigatoriedade de prestar assistência na quitação das verbas rescisórias; e previu a possibilidade da negociação individual do contrato de trabalho e a dispensa da participação sindical nas dispensas coletivas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, também entendeu ser dispensável a participação sindical em caso de redução salarial durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º da Medida Provisória n. 926/2020, convertida na Lei n. 14.020/2020.

Complementando as inconsistências encontradas na Lei n. 13.467/2017, tem-se, ainda, o disposto no art. 8º, § 3º, da CLT, o qual limita a ação do Judiciário, que poderá analisar somente os requisitos formais de uma norma convencional, instituindo, segundo Homero Batista, "o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva".²⁵

De acordo com Vólia Bomfim Cassar,²⁶ a intenção do legislador foi a de impedir ou dificultar, ao máximo, o poder do Judiciário de declarar a nulidade de uma cláusula ou convenção coletiva de trabalho que reduza direitos trabalhistas previstos em lei, dando, assim, maior segurança à flexibilização.

25 SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 26.

26 CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização dos direitos trabalhistas: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 187, ano 44, mar. 2018, p. 93.

Não se poderia deixar de mencionar o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, o qual reza que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, ao analisar uma norma autônoma, o Poder Judiciário, segundo o texto legal, não poderá adentrar no seu conteúdo, caso este seja questionado.

Entrementes, como ressalta Couce de Menezes, a Constituição Federal “não deve ser interpretada sob a ótica das leis ou medidas provisórias, mas estas que deverão ser interpretadas sob e aplicadas de acordo com os mandamentos constitucionais”.²⁷

Ademais, na lição de Kazuo Watanabe, o princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal à Justiça, ou seja, aos órgãos do Poder Judiciário, mas “assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem justa”.²⁸

Carlos Henrique Bezerra Leite, ao comentar o dispositivo legal, afirma:

Esses novos dispositivos (§§ 2º e 3º do art. 8º da CLT) são inconstitucionais, por violarem os princípios que asseguram o amplo acesso à Justiça, pois nenhuma lei pode impedir a qualquer órgão do Poder Judiciário brasileiro apreciar e julgar ação que veicule lesão ou ameaça a qualquer direito, bem como os princípios de autonomia e independência do Poder Judiciário, na medida em que os juízes, no Estado Democrático de Direito – e no modelo constitucional de processo – têm a garantia (e o dever) de interpretar a lei e todos os dispositivos que compõem o ordenamento jurídico conforme os valores e normas da Constituição, cabendo-lhes, ainda, nessa perspectiva, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, como se infere dos arts. 1º e 8º do CPC de 2015, os quais devem ser aplicados ao processo do trabalho por força do art. 15 do mesmo Código e do art. 769 da CLT.

27 MENEZES, 2002, p. 158.

28 WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa* (conceito atualizado de acesso à justiça) – processos coletivos e outros estudos. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 82.

Em rigor, os novos §§ 2º e 3º da CLT violam os princípios da autonomia e da independência dos Juízes e Tribunais do Trabalho como órgãos do Poder Judiciário, pois os submetem à condição de meros aplicadores da lei ("juiz boca da lei").²⁹

Portanto, à luz da constitucionalização do Direito, pelo qual as normas constitucionais se irradiam sobre todo o ordenamento jurídico, o qual deve ser interpretado segundo a Constituição, não se pode inverter a ordem da hierarquia das normas.

Assim, não obstante o legislador tenha desconsiderado os mandamentos constitucionais, o intérprete não poderá incorrer no mesmo erro, pois, ao afirmar que uma norma autônoma contrária aos preceitos constitucionais é prevalecente, pode-se dizer que esse intérprete estará privilegiando o retrocesso social, que na hipótese diz respeito aos direitos sociais previstos no art. 7º da Constituição Federal, maculando, assim, todo um arcabouço de princípios, muitos dos quais são tidos por fundamentais.

A proibição ao retrocesso, para Ingo Sarlet,³⁰ é comum a todos os direitos sociais, os quais deverão ser implementados de forma progressiva, ampliando, assim, a cidadania inclusiva.

Ainda, discordamos da opinião de quem entenda haver, nesse caso, colisão de princípio, estando, de um lado, o princípio do não retrocesso e prevalência da norma mais favorável e, de outro, o da intervenção mínima, porquanto este último não encontra amparo constitucional, enquanto os primeiros, sim. A colisão de princípios somente pode se dar entre princípios que se encontram na mesma hierarquia normativa.

Assim, entendemos que norma infraconstitucional que contrariar os preceitos constitucionais deverá ser afastada do ordenamento jurídico, ou, se for o caso, interpretada segundo a Constituição.

29 LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, n. 208, ano 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em: 11 set. 2020.

30 SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 3, jul./set. 2009, p. 119.

Contudo, a jurisprudência, mesmo antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, sempre foi no sentido de privilegiar as negociações coletivas, a exemplo da decisão prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) em Recurso de Revista (RR442-06.2010.5.09.0654) que entendeu, em razão do princípio da autonomia da vontade, ser possível o congelamento da parcela "ATS" através de acordo coletivo.

O STF, no Recurso Extraordinário n. 590.415/SC, que teve como relator o ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, mesmo antes da vigência da Lei n. 13.467/2017, reconheceu ser legítima a quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas provenientes do contrato de trabalho no Plano de Dispensa Imotivada.

O ministro Gilmar Mendes, no ano de 2019, portanto, após a vigência da Lei n. 13.467/2017, proferiu decisão no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1121633, suspendendo todos os processos que envolvam discussão sobre as normas coletivas de trabalho que limite ou restrinja direitos não previstos na Constituição Federal. O recurso foi interposto contra a Mineração Serra Grande S/A, de Goiás, pelo qual se discute a validade de cláusula de acordo coletivo que prevê o fornecimento de transporte para deslocamento dos empregados até o trabalho, ou seja, horas *in itinere* e a supressão do pagamento destas pelo tempo gasto no percurso.

No curso do julgamento, ao prolatar seu voto, o ministro Gilmar Mendes³¹ reconheceu os acordos e convenções coletivas como direito fundamental do trabalhador, sendo tais instrumentos, portanto, essenciais à relação de trabalho. Ressaltou que o art. 5º da Constituição Federal prevê a irredutibilidade de salário, salvo no caso de convenção ou acordo coletivo. Consta do seu voto que:

O constituinte estabeleceu uma margem de atuação para a livre negociação entre empregadores e trabalhadores. Definiu os limites do *Spielraum* negocial de modo a conceder certa flexibilidade ao acordado e, ao mesmo tempo, garantir direitos que entendeu ser essenciais aos trabalhadores.

Ainda, reconhecendo que existem direitos trabalhistas que são irrenunciáveis, a exemplo de seguro-desemprego e anotação na CTPS, salário mínimo e outros, afirmou que

31 Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/11/9c79d3c359c065_votorelator.pdf.

reconhecimento de convenções e de acordos coletivos pela Constituição Federal é forma de estímulo à negociação direta entre trabalhadores e empregadores, para que definam quais regras serão válidas para a relação trabalhista, com base em seus interesses e em sua realidade laboral.

Por fim, propôs a seguinte tese:

Os acordos e convenções coletivos devem ser observados, ainda que afastem ou restrinjam direitos trabalhistas, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias ao direito flexibilizado na negociação coletiva, resguardados, em qualquer caso, os direitos absolutamente indisponíveis, constitucionalmente assegurados.

A questão ainda está pendente de julgamento, cabendo, portanto, ao Supremo Tribunal Federal a decisão final, que é muito aguardada pela comunidade jurídica.

5 CONCLUSÃO

A Lei n. 13.467/2017, com a promessa de trazer modernização às normas trabalhistas, que impactaria no crescimento do número de empregos, na realidade, teve o intuito claro de reduzir direitos trabalhistas.

A flexibilização do Direito do Trabalho, portanto, tem como mote apenas a desregulamentação das normas de proteção ao trabalhador, tão necessárias, pois através delas é que se garantem condições de trabalho dignas, já que o empregado não tem condições de discutir livremente as cláusulas que compõem um contrato de trabalho.

Muitas vezes, o empregado sequer sabe dos direitos trabalhistas que possui.

Por meio da Reforma Trabalhista buscou-se diminuir a intervenção estatal – necessária para o equilíbrio da relação entre empregado e empregador –, que, além de ter suprimido diversos direitos trabalhistas, possibilitou que os próprios empregados, pessoalmente, como é a hipótese prevista no art. 444 da CLT, ou de forma coletiva, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, abrissem mão de direitos previstos em lei, ao arrepio dos mandamentos constitucionais.

E para afastar qualquer possibilidade de declaração de nulidade das cláusulas constantes de acordos e convenções coletivas, proibiu o

legislador que o Poder Judiciário analisasse o conteúdo das cláusulas convencionais, restringindo a análise às questões formais.

Todavia, as normas constitucionais devem prevalecer sobre as legais e convencionais, devendo estas ser interpretadas à luz daquelas.

A validade da Reforma Trabalhista quanto à questão acerca da constitucionalidade da prevalência do negociado sobre o legislado prevista na Lei n. 13.467/2017 foi objeto de questionamento no STF, o qual deverá se pronunciar sobre a validade da lei perante a Constituição.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio. Por um direito do trabalho de segunda geração: trabalhador integral e direito do trabalho integral. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 3, n. 91, p. 235-256, jan./jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 590.415/SC*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2629027&numeroProcesso=590415&classeProcesso=RE&numeroTema=152. Acesso em: 7 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista 443-06.2010.5.09.0654*. Relator: Ministro João Orestes Dalazen. 2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442364445/recurso-de-revista-rr-4430620105090654>. Acesso em: 7 mar. 2021.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. O princípio da proteção em xeque. *Revista TST*, São Paulo, v. 83, n. 4, p. 316-325, out./dez. 2017. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/128111/2017_carelli_rodrigo_principio_protecao.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 9 set. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. Flexibilização dos direitos trabalhistas: prevalência do negociado coletivamente sobre o legislado. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 187, ano 44, p. 91-107, mar. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 2, p. 11-39, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desemprego. 2020. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 7 mar. 2021.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislativo no Brasil? *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, ano XXVII, n. 329, p. 9-15, nov. 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) e a desconstitucionalização do acesso à justiça do trabalho: breves comentários sobre alguns institutos de direito processual do trabalho. *Revista Direito Unifacs – Debate Virtual*, Salvador, n. 208, ano 2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/5087/3250>. Acesso em: 11 set. 2020.

MARTINS, Sérgio Pinto. A reforma trabalhista. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, ano XXVII, n. 329, p. 37-49, nov. 2016.

MENEZES, Claudio Armando Couce. O negociado sobre o legislativo. *Revista TST*, Brasília, v. 68, n. 2, p. 153-159, abr./jun. 2002.

PORTO, Noemia; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Reforma trabalhista, trabalho como construção de cidadania e necessidade de proteção aos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 18-27, jan./jun. 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Jurisprudência Catarinense*, Florianópolis, v. 35, n. 117, p. 71-107, abr./jun. 2009.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ROMITA, Arion Sayão. O princípio da proteção em xeque. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 4, n. 36, maio 2002. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/838/826>. Acesso em: 31 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. *Revista TST*, Brasília, v. 75, n. 3, p. 117-149, jul./set. 2009.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

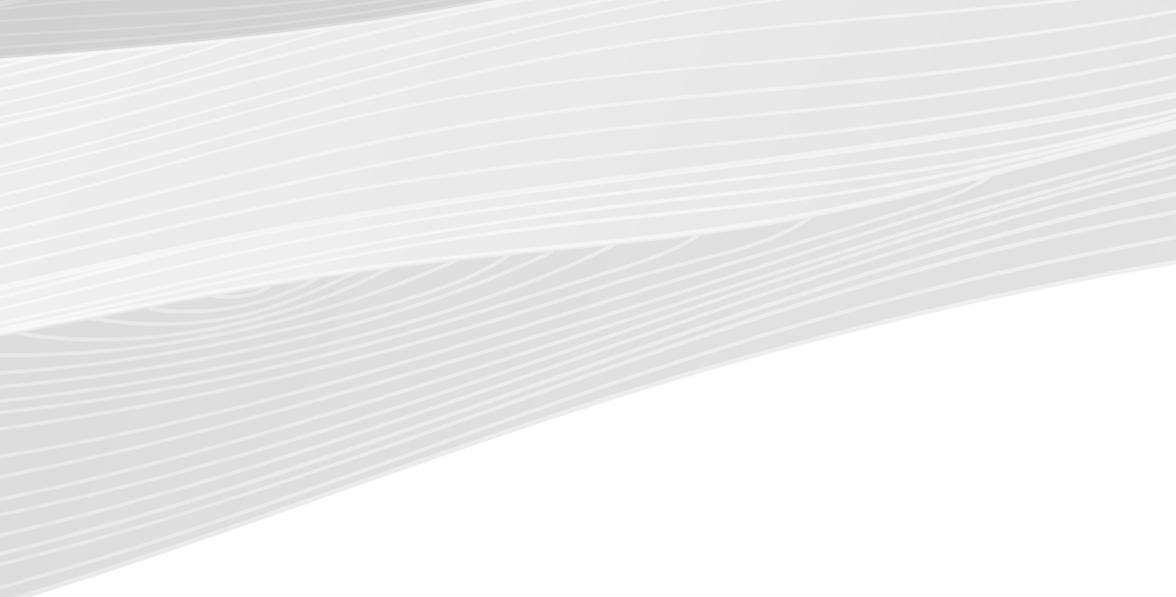
SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUSA, Otávio Augusto Reis de. *Nova teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

SUPIOT, Alain. Lei e trabalho. Um mercado mundial de regras? Tradução de Rinaldo José Varussa. *Revista Tempos Históricos*, Marechal Cândido Rondon, v. 17, p. 157-169, 1º sem. 2013.

TRINDADE, Rodrigo. Conveniência, legitimidade e oportunidade da reforma trabalhista. *Anamatra*, Brasília, 22 mar. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25077-conveniencia-legitimidade-e-oportunidade-da-reforma-trabalhista>. Acesso em: 31 ago. 2020.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à ordem jurídica justa (conceito atualizado de acesso à justiça) – processos coletivos e outros estudos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.



GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

Advogado. Professor Universitário. Membro Pesquisador do IBDSJ. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Titular da Cadeira 27. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Livre-Docente pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Sevilla. Especialista em Direito pela Universidade de Sevilla.

LIMITES CONSTITUCIONAIS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Sumário: 1 Introdução. 2 Fundamento constitucional do princípio da proteção. 3 Princípio da norma mais favorável e negociação coletiva. 4 Direitos trabalhistas como direitos fundamentais. 5 Progressividade dos direitos sociais. 6 Limites à reforma constitucional. 7 Crise econômica e negociação coletiva. 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Observa-se intenso debate a respeito da reformulação do sistema jurídico trabalhista, notadamente em momentos de crise econômica, tendo como uma das principais linhas a prevalência do negociado coletivamente em face do legislado.

A relevância da questão impõe que a sua análise seja feita com base em critérios objetivos e científicos, devidamente fundamentados. Desse modo, no presente estudo, objetiva-se examinar a questão em consonância com o sistema constitucional, bem como em harmonia com os direitos humanos e fundamentais.

2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

O Direito do Trabalho, como ramo jurídico dotado de autonomia científica e normativa, apresenta princípios próprios que norteiam a produção, a aplicação e a interpretação das suas previsões, com destaque ao princípio da proteção.¹

O mencionado princípio, em verdade, engloba três vertentes, quais sejam: o *in dubio pro operario*, a aplicação da norma mais

1 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 97-101.

favorável e a condição mais benéfica.² Trata-se de mandamento nuclear determinando que a parte mais vulnerável da relação de emprego deve receber tratamento jurídico superior,³ por meio de medidas protetoras, para que se alcance a efetiva igualdade substancial.⁴ Busca-se, com isso, promover o equilíbrio que falta na relação de emprego,⁵ pois, na origem, os seus sujeitos normalmente estão em posições desiguais.⁶

O princípio da proteção, assim, insere-se na estrutura do Direito do Trabalho. Este surgiu, de acordo com a evolução histórica, inicialmente, como forma de impedir a exploração do capital sobre o trabalho humano, em seguida, com o objetivo de melhorar as condições de vida dos trabalhadores e, por fim, possibilitando aos trabalhadores adquirir *status* social, como noção máxima de cidadania.⁷ Como destaca Américo Plá Rodriguez, o fundamento do princípio da proteção "está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho".⁸

De acordo com o princípio do *in dubio pro operario*, havendo efetiva dúvida sobre o sentido e o alcance de norma jurídica trabalhista, esta deve ser interpretada em favor do empregado.

2 Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997. p. 78.

3 Cf. MARTINS, Sergio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Altas, 2000. p. 127.

4 Cf. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio. Tradução das atualizações de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004. p. 83.

5 Cf. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 201-202.

6 Cf. BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Hedra, 2009. p. 47: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real".

7 Cf. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000. p. 21.

8 PLÁ RODRIGUEZ, 2004. p. 85.

O princípio da condição mais benéfica, por sua vez, assegura ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos. Com isso, as vantagens adquiridas não podem ser excluídas nem modificadas para pior.

No âmbito do princípio da proteção, quanto ao tema em estudo, merece destaque o princípio da norma mais favorável, ao prever que, em havendo diversas normas incidentes sobre a relação de emprego, deve-se aplicar a mais benéfica ao trabalhador. Vale dizer, existindo duas ou mais normas jurídicas válidas e vigentes, aplicáveis a determinada situação, prevalece a mais favorável ao empregado, ainda que essa norma esteja em posição hierárquica formalmente inferior no sistema jurídico. Por exemplo, se o acordo coletivo estabelecer direito trabalhista superior ao previsto em lei, o primeiro prevalece e deve ser aplicado, por ser mais benéfico à parte vulnerável da relação de emprego.

É certo que os instrumentos normativos decorrentes da negociação coletiva têm relevância e destaque no sistema jurídico, sendo expressamente reconhecidos no plano constitucional (art. 7º, inciso XXVI, e art. 8º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988). No entanto, apenas nas hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal de 1988, de modo excepcional, é que se admite a negociação coletiva voltada a flexibilizar direitos trabalhistas de forma desfavorável ao empregado (art. 7º, incisos VI, XIII e XIV), como no caso da redução de salário, com o objetivo de assegurar o objetivo maior de proteção ao emprego.⁹

9 "I - Agravo de instrumento. Recurso de revista interposto sob a égide da Lei nº 13.015/2014 - Provimento. Horas extras. Regime de trabalho semanal de 40 horas. Fixação do divisor 220 por norma coletiva. Invalidez. Diante de potencial contrariedade à Súmula 431/TST, o recurso de revista merece processamento. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - Recurso de revista interposto sob a égide da Lei nº 13.015/2014. Horas extras. Regime de trabalho semanal de 40 horas. Fixação do divisor 220 por norma coletiva. Invalidez. A irredutibilidade salarial (art. 7º, VI) e a autonomia da vontade (art. 7º, XXVI) são princípios constitucionais, disciplinados como verdadeiros direitos sociais, pertencentes aos trabalhadores urbanos e rurais, com a finalidade de melhoria da sua condição social (art. 7º, 'caput'). Tendo esta premissa como referência, somente há que se admitir a possibilidade de redução salarial, com fundamento na autonomia da vontade, se resultar algum benefício para as partes, especialmente para

Frise-se que o princípio da norma mais favorável tem fundamento constitucional, como se observa no art. 7º, *caput*, da Constituição da República, ao prever o mandamento de melhoria das condições sociais dos trabalhadores.¹⁰

3 PRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Como se pode notar, a prevalência da negociação coletiva em face da legislação trabalhista, segundo o modelo constitucional em vigor, em princípio, só é admitida com os objetivos de aprimoramento e de elevação do patamar de direitos dos empregados. Vale dizer, integra o núcleo fundamental da ordem jurídica a determinação de que a norma mais favorável ao empregado tem preferência em face de disposições menos benéficas (art. 7º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Desse modo, de nada adianta a previsão que disponha sobre a prevalência generalizada da negociação coletiva diante da legislação, se aquela estabelecer direitos em nível inferior a esta. A previsão nesse sentido, por contrariar a essência do Estado Democrático de Direito (arts. 1º e 3º da Constituição da República), não terá validade.

Essa conclusão resulta de determinação cogente, que decorre de preceitos fundantes do sistema jurídico, nos planos constitucional e internacional, pautados na consideração de que os direitos sociais, neles incluídos os trabalhistas, têm natureza fundamental, são imprescindíveis à dignidade da pessoa humana e, por isso, não admitem retrocessos.

os trabalhadores, principais destinatários da proteção constitucional. Não evidenciada a concessão de vantagem aos empregados, em contrapartida à alteração contratual lesiva decorrente da norma coletiva, o princípio da autonomia da vontade não encontra densidade normativa suficiente para relativizar o princípio da irredutibilidade salarial. Incidência da Súmula 431 desta Corte. Recurso de revista conhecido e provido" (TST, 3ª T., RR - 1051-24.2014.5.21.0009, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 22.03.2016).

10 Cf. DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000. p. 55.

4 DIREITOS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ainda quanto ao tema em estudo, é importante o registro de que a evolução histórica e cultural consolidou a integração definitiva dos direitos sociais no catálogo de direitos humanos e fundamentais.¹¹

O art. 6º da Constituição Federal de 1988, inserido no conjunto das garantias fundamentais da pessoa humana, prevê como *direitos sociais*, entre outros, o trabalho, a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados. Logo, os direitos sociais, nos quais se incluem os de natureza trabalhista (arts. 7º a 11 da Constituição da República), estão inseridos na esfera dos direitos fundamentais, conforme a sistemática constitucional, bem como no âmbito dos direitos humanos,¹² em consonância com o Direito Internacional.¹³

Nem tudo está ao alcance das políticas de governo, nem mesmo da legislação e de reformas constitucionais. Devem ser respeitados os princípios da vedação do retrocesso social, da segurança, da confiança, da estabilidade nas relações jurídicas, da progressividade na instituição e efetivação dos direitos sociais, do valor social do trabalho, da livre iniciativa e da dignidade da pessoa humana.¹⁴

Nesse enfoque, um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é o de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988), o que remete à determinação de se concretizar a justiça social.

11 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 56-58.

12 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 85: "O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade Social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana" (destaque do original).

13 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008. p. 18-44.

14 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-340.

5 PROGRESSIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos dos trabalhadores revelam-se como verdadeira conquista histórica, alcançada por meio de esforço e luta da classe social destituída dos meios de produção, em situação de maior vulnerabilidade e inferioridade econômica, passando a integrar o patrimônio jurídico da sociedade. Constituem o patamar mínimo alcançado pela atual civilização, o qual não pode ser objeto de destruição ou retrocesso, mas sim de permanente avanço.¹⁵

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, promulgado pelo Decreto 591/1992, é expresso ao determinar a necessidade de *progressividade*, por todos os meios apropriados, do pleno exercício dos direitos sociais (art. 2º, item I).

Essa previsão integra o chamado *bloco de constitucionalidade*, na forma do art. 5º, § 2º, da Constituição da República, devendo ser respeitada não apenas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas também pelo poder constituinte derivado de reforma e de revisão, ao aprovar emendas constitucionais (art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988).¹⁶

A atual concepção dos direitos humanos é no sentido de constituírem um sistema universal, como conquista da civilização. A diversidade cultural permite o diálogo, mas exige-se a observância do patamar mínimo ético representado pelos direitos humanos. Além disso, os referidos direitos apresentam as características de interdependência e indivisibilidade, pois são inter-relacionados, como prevê a Declaração de Viena, de 1993.¹⁷

Justamente por isso, o desrespeito de direitos sociais e trabalhistas atinge os direitos humanos e fundamentais como um todo. Da mesma forma, para que a dignidade da pessoa humana seja respeitada, o conjunto dos direitos fundamentais (inclusive os de natureza social) deve ser protegido e promovido.

15 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Estudos de direito do trabalho e da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 125-144.

16 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 636-647.

17 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 145-148.

6 LIMITES À REFORMA CONSTITUCIONAL

Mesmo em caso de alteração normativa que pretenda alcançar previsões jurídicas de hierarquia constitucional, é importante salientar a existência de limites a serem observados pelas emendas constitucionais.

A Constituição, por ser a norma jurídica de hierarquia superior, é considerada o fundamento de validade das demais disposições do sistema jurídico.¹⁸ Nesse enfoque, o poder constituinte originário dá origem à Constituição, entendida como a norma jurídica superior.¹⁹

Com o surgimento de nova ordem jurídico-constitucional, as disposições anteriores, que forem incompatíveis com aquela, não são recepcionadas, acarretando a sua conseqüente revogação²⁰. Logo, em tese, não há como prevalecer pretensão de direito adquirido contrário à nova Constituição.²¹

A situação, entretanto, é distinta na hipótese de emenda constitucional, produzida pelo poder constituinte derivado. A emenda constitucional é decorrente do poder constituinte de reforma (instituído), o qual se caracteriza por ser *derivado* (provém de outro), *subordinado* (é limitado pelo poder originário) e *condicionado* (só pode agir nas condições e formas fixadas).²²

18 Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

19 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 18-20.

20 Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 186.

21 Cf. LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed., revista e atualizada pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1. p. 205-206: "Não há dúvida, refere Gabba, que uma nova Constituição política de Estado tira o vigor a todas as leis de ordem pública e administrativa preexistentes, e que se manifestem inconciliáveis com ela: Infrutiferamente pretender-se-ão direitos adquiridos contra aquelas novas leis e outras semelhantes, pois não podem existir direitos adquiridos contra a aplicação de uma nova lei constitucional". Cf. ainda o art. 17, *caput*, parte final, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988.

22 Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

É certo que, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição da República, “os direitos e garantias individuais” não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a aboli-los. À primeira vista, os referidos direitos e garantias seriam apenas os previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (“Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”). Não obstante, deve-se ressaltar que o § 2º do art. 5º da Constituição também resguarda outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Desse modo, o mandamento da norma mais favorável, abrangido pelo princípio da proteção e inerente ao Direito do Trabalho, conforme art. 7º, *caput*, da Constituição da República, está integrado ao sistema constitucional de direitos e garantias, não podendo ser objeto de emenda tendente à sua abolição (art. 60, § 4º, inciso IV, art. 5º, § 2º, e art. 7º, *caput*, da Constituição Federal de 1988). Da mesma forma, os objetivos fundamentais da República, previstos no art. 3º da Constituição Federal, devem ser interpretados sistematicamente com o § 2º do seu art. 5º. Existem, assim, *princípios constitucionais fundamentais*, presentes na Constituição Federal de 1988, os quais figuram como alicerces de toda a ordem jurídica.²³

Nesse sentido, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º da Constituição Federal de 1988).

Logo, é dever do Estado e de toda a sociedade promover a transformação das estruturas sociais e econômicas, de modo a alcançar a igualdade substancial e a justiça social. A realização desses preceitos fundamentais deve ter caráter progressivo e dinâmico, como objetivos a serem alcançados. Por se tratar de *comandos normativos nucleares*, apresentam caráter cogente, com vinculação imperativa

23 Cf. BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 291-292.

à sociedade e ao poder público, nas esferas legislativa, jurisdicional e executiva, os quais devem pautar as suas condutas sempre no sentido de sua efetivação.²⁴

Frise-se que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: a soberania, a cidadania, a *dignidade da pessoa humana*, os *valores sociais do trabalho* e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º da Constituição da República).

A dignidade humana, em verdade, compõe a essência dos direitos fundamentais, nos quais se inserem os de ordem social. Justamente em razão disso, tem-se o princípio do valor social do trabalho, também de ordem fundamental.

Cabe destacar que a República Federativa do Brasil, em suas relações internacionais, tem como um de seus princípios regentes a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da Constituição da República).

A ordem econômica, por seu turno, é fundada na *valorização do trabalho* e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da *justiça social*. Devem ser observados, entre outros, os princípios da função social da propriedade, da redução das desigualdades regionais e sociais e da busca do pleno emprego (art. 170 da Constituição Federal de 1988).

Nota-se a reiteração dos princípios da dignidade da pessoa humana, da valorização do trabalho e da justiça social, previstos como fundamentos da ordem econômica.

Na mesma linha, o art. 193 da Constituição da República dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais. O art. 6º da Constituição da República assegura o direito ao trabalho como direito social, e os arts. 7º a 11 garantem os direitos trabalhistas, igualmente de natureza fundamental, nos planos individual e coletivo.

Logo, em caso de nova disposição prejudicial aos direitos sociais trabalhistas, haveria violação ao princípio da vedação do retrocesso

24 Cf. BERCOVICI, p. 298.

social, adotado na esfera internacional²⁵ e no sistema jurídico nacional, conforme as previsões dos art. 1º, incisos III e IV, art. 3º, inciso III, art. 4º, inciso II, art. 6º, art. 7º, *caput*, art. 170, *caput*, 193, entre outros dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil.²⁶

Verifica-se, portanto, o reconhecimento de que os direitos sociais, inclusive os de natureza trabalhista, não podem sofrer supressão prejudicial e restrição desproporcional e injustificada, nem mesmo por emenda constitucional.²⁷ É vedada, assim, a alteração que se consubstancie em retrocesso social,²⁸ em afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da justiça social.²⁹

25 Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 181: "o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece a obrigação dos Estados de reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados. [...] Da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retroceder no campo da implementação desses direitos".

26 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108: "No que diz com o papel da dignidade da pessoa humana no contexto da aplicação da proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, destacam-se tanto a vinculação da dignidade da pessoa humana com o direito (e a garantia) a um mínimo existencial, por sua vez relacionado com os direitos sociais básicos e com o seu núcleo essencial, com os quais, todavia, não se confunde, quanto com as noções de limite dos direitos fundamentais e de limite dos limites".

27 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 431-432.

28 Cf. REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010. p. 21: "Pelo princípio da progressividade dos direitos humanos de caráter econômico, social e cultural, vincula-se a atividade legiferante nacional ao progresso ininterrupto das condições de proteção à pessoa humana na sua dimensão social, sendo juridicamente inviável a eliminação dos padrões sociais já estabelecidos, sem a correspondente criação de um conjunto normativo compensatório e qualitativamente mais vantajoso" (destaques do original).

29 Cf. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 83: "o direito

7 CRISE ECONÔMICA E NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Notadamente, em momentos de crise econômica mais acentuada, a ameaça, ainda que implícita, de desemprego e de dispensas coletivas, como é evidente, reduz o poder de negociação dos trabalhadores organizados em sindicatos, com vistas à melhoria e mesmo à manutenção das condições sociais.

Por consequência, autorizar a ampla prevalência do negociado coletivamente em tempos de maior instabilidade e fragilidade é deixar justamente a classe social já desfavorecida, que não detém os meios de produção, em vulnerabilidade ainda mais acentuada em face do setor econômico.

Trata-se, ademais, de medida nitidamente contraditória perante os objetivos almejados, pois a *flexibilização* prejudicial de direitos trabalhistas, ao reduzir o nível salarial em termos globais, desaquece o mercado de consumo e, conseqüentemente, desacelera a produção, aprofundando a crise econômica.

Em verdade, antes de se estabelecer a prevalência da negociação coletiva em face do legislado, exige-se o fortalecimento da organização dos sindicatos, instituindo de forma plena e efetiva a *liberdade sindical*, prevista na Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, como requisito para a própria legitimidade democrática do que for pactuado.

8 CONCLUSÃO

A previsão legal no sentido da prevalência do negociado em face do legislado deve respeitar o mandamento constitucional que determina a preferência da norma mais favorável.

A integração dos direitos sociais trabalhistas no catálogo de direitos humanos e no rol de garantias fundamentais é uma das conquistas históricas e culturais da civilização humana de maior relevância dos últimos tempos, não se admitindo retrocessos.

não é o lugar para se convalidar o retrocesso social, o retrocesso dos direitos individuais e dos direitos sociais. É sim o lugar para se fazer o diálogo e a construção de sistemas de direitos individuais e sociais mais fortes, tendentes a uma sociedade mais justa, mais igualitária”.

Sendo assim, os direitos em questão devem observar o mandamento normativo de progressividade, com vistas à concretização da justiça social, o que inviabiliza a validade da primazia generalizada das normas negociadas coletivamente que reduzam os direitos trabalhistas previstos na legislação.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Hedra, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. *Desigualdades regionais, Estado e Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de direito da seguridade social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Inovações na legislação trabalhista*. São Paulo: LTr, 2000.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Direitos fundamentais e relação de emprego: trabalho, constituição e processo*. São Paulo: Método, 2008.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Estudos de direito do trabalho e da seguridade social*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 9. ed., revista e atualizada pelo Prof. José Serpa de Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. v. 1.

MARTINS, Sergio Pinto. *A continuidade do contrato de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. Tradução e revisão técnica de Wagner D. Giglio. Tradução das atualizações de Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTr, 2004.

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *O direito do trabalho como instrumento de justiça social*. São Paulo: LTr, 2000.

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO

Advogado. Professor de Direito do Trabalho nas Faculdades de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e da Universidade São Judas e na Fundação Getulio Vargas (EAESP FGV). Diretor-Geral da Escola Superior de Advocacia da OABSP para o triênio 2019-2021. Titular da Cadeira n. 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Coordenador no Brasil do Instituto Latino-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social (Iltras). Membro da Seção Americana de Jovens Juristas da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Seguridade Social, da Associação Ibero-Americana de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Vice-Presidente da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Nantes.

REFLEXÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE SOBREPOSIÇÃO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO¹

Sumário: 1 Introdução. 2 Modelos de organização do Direito do Trabalho. 3 Negociado sobre legislado no Direito brasileiro. 4 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Um dos principais objetivos da reforma trabalhista de 2017 foi “a expansão das condições de negociação dos sindicatos diante das rígidas regras da CLT, sem comprometer os direitos assegurados aos trabalhadores”.² A mudança discutida no Projeto de Lei n. 6.787, que foi rapidamente aprovado e convertido na Lei n. 13.467, foi alcunhada simplesmente de “negociado sobre legislado”.

Não se trata, é preciso dizer, de uma ideia nova, obra do gênio inventivo do ministro do Trabalho e dos legisladores de 2017. Além de o modelo em questão haver sido regulamentado na Espanha, com as suas particularidades, já no início dos anos 2010, vinha sendo defendido no Brasil há décadas, primeiramente no âmbito doutrinário, com respeitáveis vozes asseverando que o modelo fora implantado pela Constituição de 1988, depois por projetos de lei que não chegaram a cumprir todo o trâmite do processo legislativo.

1 As ideias defendidas neste texto já o haviam sido no texto intitulado “Convenção sindical com força de lei”, assim referido: BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. *Convenção sindical com força de lei*. In: CONTRAPONTO JURÍDICO: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 943-960. As ideias foram amadurecidas e aperfeiçoadas para esta obra em homenagem ao Professor Rodrigues Pinto.

2 BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo, p. 26-27. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mos_trarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 1º abr. 2021.

Demais disso, a mudança de um sistema predominantemente legislado, em que a negociação coletiva deve apenas ampliar a rígida proteção legal, para um sistema em que a negociação coletiva adquire maior importância do que a própria lei não é algo que deva ser feito de forma açodada. Não se pode esperar que a simples alteração em alguns poucos preceitos de lei tenha o condão de tornar as negociações coletivas mais eficazes, aumentando a sua importância à medida que diminui a dependência dos trabalhadores e dos sindicatos obreiros da tutela legislativa estatal. A mudança de um regime eminentemente legislado para um em que predomine a negociação coletiva pressupõe uma modificação substancial em todo o modelo de organização do direito da proteção ao trabalhador de um país que passa por um necessário amadurecimento cultural, com mudança inclusive na roupagem de um dos princípios clássicos do Direito do Trabalho, como oportunamente se verá, e por um fortalecimento dos sindicatos.

Acerca do tema, José Augusto Rodrigues Pinto, um dos maiores escultores do Direito do Trabalho no Brasil, formador de toda uma geração de juristas brasileiros, merecidamente homenageado nesta obra, observava, em meados da primeira década do século XXI, que

a pressão da vontade dos sujeitos das relações coletivas em sintonia com as profundas transformações da economia mundial, mais cedo ou mais tarde, chegará aos próprios princípios peculiares do Direito material do trabalho.³

O presente estudo, desenvolvido a partir de uma revisão bibliográfica sobre o tema e de reflexões pessoais do seu autor, destina-se a analisar a forma açodada como se objetivou a transição de um modelo de predomínio da intervenção estatal na tutela das relações de trabalho para um modelo que pretende valorizar a negociação coletiva.

2 MODELOS DE ORGANIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Em seu discurso de posse como professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o professor Octávio Bueno Magano destacou que, não obstante seja

3 RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 765.

inquestionável que os fundamentos do trabalho consistem na proteção do trabalhador e na melhoria de sua condição social, a doutrina divergia – como efetivamente ainda diverge – acerca do melhor caminho a trilhar para atingir esse fim. Em extremos opostos estariam duas correntes por ele criticadas. Num dos polos se situavam os que entendem serem os mecanismos de tutela estatal os mais propícios para colimar os objetivos do Direito do Trabalho. No outro, os adeptos da teoria de que as forças do mercado seriam as únicas capazes de assegurar efetiva proteção aos trabalhadores numa sociedade capitalista. A terceira corrente, aquela a que se filiava Octávio Bueno Magano, vê nos mecanismos de autotutela e autocomposição a forma ideal de construção do Direito do Trabalho.⁴

Acerca da primeira corrente, observou Héctor-Hugo Barbagelata que:

*Es cierto que, aún antes, una cierta regulación de las relaciones laborales había comenzado a configurarse informalmente, a través de la negociación entre grupos u organizaciones de trabajadores con los empleadores o sus agremiaciones; pero la legislación del trabajo, propiamente dicha, supone la aceptación de la intervención sistemática del Estado para regular esa materia.*⁵

Em 1982, o professor Magano observava ser a primeira corrente a que contava com o maior número de seguidores no Brasil, o que, em sua opinião, decorreria do fato de o Direito do Trabalho haver nascido aqui sob o signo do paternalismo. Em tom bastante crítico, ele chamava atenção para o fato de que, em sua versão mais ortodoxa, essa corrente inseria os grupos profissionais e econômicos no seio do Estado para assim se superarem as divergências entre ambos existentes. Nessa versão ortodoxa, própria dos primórdios do Direito

4 MAGANO, Octávio Bueno. Discurso do professor Octávio Bueno Magano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, 1982, p. 341.

5 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 101. Para o célebre jurista uruguaio, “las corrientes intervencionistas son múltiples, pero entre ellas no hay diferencias considerables, pues todas coinciden en algunos puntos, por ejemplo, en la crítica al liberalismo manchesteriano” (BARBAGELATA, 2016). Em sua obra aqui referida, Barbagelata estuda as seguintes correntes: *Socialismo de Estado o de Cátedra*; *Socialismo Fabiano*; *Solidarismo*; *Socialistas Reformistas*; *otras corrientes que dan soporte al intervencionismo*.

do Trabalho brasileiro, os sindicatos se convertiam em órgãos do Estado e, por conseguinte, "em verdadeiras correias de transmissão entre os seus desígnios e o atuar das chamadas bases". Com isso, os sindicatos acabavam por se dedicar mais a atividades de assistência social e recreativa, oferecidas pelos seus departamentos médico, jurídico, odontológico e pelas suas colônias de férias, do que às suas funções reivindicatórias, que acabavam sublimadas. A greve e o *lock-out* eram tidos como recursos antissociais, razão pela qual se criou, no Brasil, a Justiça do Trabalho com poder normativo para eliminar o risco de que pudessem ser desencadeados.⁶ Finalizava com a seguinte e perspicaz crítica, própria do período que antecedeu o processo de redemocratização do Brasil: "Tal concepção implicando a existência de um sindicalismo atrelado ao Estado mostra-se inteiramente incompatível com a abertura social e política urgentemente reclamada pela opinião pública"⁷

A Constituição Federal de 1988 modificou, *pero no tanto*, o modelo ortodoxo criado na Era Vargas. Os sindicatos chegaram à Assembleia Nacional Constituinte muito bem representados, o que é bastante compreensível quando se tem em mente o seu destacado papel nos últimos anos de luta contra o regime militar. Os seus representantes, como é bastante comum no Brasil, cuidaram de mudar aquilo que lhes era incômodo, a intervenção do Estado, doravante constitucionalmente vedada, e de manter o que lhes era conveniente, notadamente, a contribuição sindical compulsória e o monopolístico sistema de representação sindical baseado no conceito de categoria e com unicidade. Segundo José Augusto Rodrigues Pinto, a Constituição de 1988:

Não cercou esse núcleo sensível e vulnerável dos direitos trabalhistas de uma couraça impenetrável, que atritaria a norma com a realidade social e jurídica, mas escudou-a na força da categoria organizada, a fim de não resvalar para a simples desregulamentação.⁸

A segunda corrente, capitaneada por Milton Friedman, recebeu o nome de neoliberal justamente por defender "a restauração do liberalismo desvinculado tanto quanto possível de interferências

6 MAGANO, 1982, p. 341.

7 MAGANO, 1982, p. 342.

8 RODRIGUES PINTO, 2007, p. 601.

estatais”, sustentando também que, como os sindicatos reduzem o número de empregos, a única proteção segura e eficaz para a maioria dos trabalhadores seria aquela proporcionada pela existência de numerosos empregadores.⁹ Segundo Héctor-Hugo Barbagelata:

Las corrientes revisionistas que llegan hasta la negación del Derecho del Trabajo están en su inmensa mayoría fuertemente influidas por el pensamiento neoliberal y son intensamente militantes.

Sólo unas pocas quedan en el ámbito académico y pueden verse como meramente especulativas o sea, limitadas a la expresión de argumentos denunciando los efectos negativos del Derecho Laboral sobre el mercado de trabajo y sobre la economía en general.

De hecho en tales círculos, varios autores plantearon en los últimos años del siglo pasado, su aspiración del retorno a la libertad de la negociación individual de las condiciones de trabajo. En ese sentido, expresaron su convencimiento de que la relación que las regula, debería ser restablecida sin excepciones “como mera relación de derecho contractual común”, que en cuanto tal, confiaría al mercado “el equilibrio de sus términos esenciales de cambio”.¹⁰

Essa corrente foi parcialmente adotada pelo legislador brasileiro em 2017, ao estatuir no parágrafo único do art. 444 que a livre negociação entre empregado e empregador

aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Noutras palavras, para os empregados com patamar salarial mais elevado, aplicar-se-á a regra da autonomia negocial coletiva tal qual prevista no Direito Civil.

Pedimos venia para transcrever literalmente as críticas de Octávio Bueno Magano a essa segunda corrente:

Não há como concordar com as teses desse neoliberalismo por dois motivos principais: primeiro porque traz à tona uma sociedade

9 MAGANO, 1982, p. 342.

10 BARBAGELATA, 2016, p. 267.

atomizada composta de indivíduos, quando o fenômeno mais significativo da atualidade é o da propensão incoercível à formação de grupos; segundo porque as condições sociais dos trabalhadores, no próprio país a que pertence Friedman, os Estados Unidos da América do Norte, só melhoraram substancialmente, a partir de 1935, com a edição do “Wagner Act”, quando o sindicalismo se tornou atividade efetivamente protegida.¹¹

À terceira corrente se filiaram os autores que partem da premissa de que a sociedade civil se compõe de diversos centros de interesse, cada um com seus próprios grupos, todos com uma autonomia que não pode deixar de ser reconhecida e que deve estar na base da construção do Direito do Trabalho. Trata-se, segundo os ensinamentos de Magano, do modelo preconizado pela OIT, notadamente na Convenção n. 87, de 1948, do sistema americano e do da Europa Ocidental. Em seu entendimento, esse seria “o único modelo conciliável com uma sociedade democrática, que para se qualificar como tal haveria de ser livre e tolerar a formação de grupos, protegendo a respectiva autonomia”.¹²

Compartilho, há alguns anos, do pensamento do professor Octávio Bueno Magano. Entendo que a negociação coletiva é a melhor forma de se construir o Direito do Trabalho porque ninguém melhor do que os diretamente envolvidos numa relação empregatícia para decidir as cláusulas que regerão as condições de trabalho da categoria. A solução construída pelos atores sociais envolvidos naquela relação é, a meu ver, melhor do que a solução ditada por legisladores que muitas vezes estão bastante distantes da realidade social daquela atividade econômica. É também melhor do que a solução ditada nos dissídios coletivos por magistrados que, muitas vezes, jamais foram empregados ou empresários e, portanto, conhecem da matéria pelo conhecimento adquirido nos cursos e livros jurídicos, sem, contudo, a vivência prática da categoria econômica em discussão.¹³

11 MAGANO, 1982, p. 342.

12 MAGANO, 1982, p. 342.

13 BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A desvalorização da negociação coletiva. In: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho. *O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica. Homenagem aos 40 anos da Amatra* 8. São Paulo: LTr, 2017, p. 196.

A Negociação Coletiva é o Direito do Trabalho por excelência. Valorizá-la, incentivá-la e criar mecanismos para que seja cada vez mais eficaz é valorizar o Direito Laboral em sua vertente mais democrática.

A transição do modelo de intervencionismo estatal, ainda que já não tão ortodoxo quanto nos tempos de Getúlio Vargas, para um modelo com predomínio da autotutela e da autocomposição entre as partes, deveria ser objeto de um processo gradual de transformação do modelo de organização sindical e de amadurecimento dos mecanismos de negociação coletiva e de concertação social. Cabe também quanto a esse ponto transcrever as sábias lições de Octávio Bueno Magano:

A implantação, entre nós, desse último modelo exigirá radical transformação do direito coletivo do trabalho: em lugar do sindicato único, controlado pelo Estado, emergirá a pluralidade sindical; ao invés de condições de trabalho, originadas da lei, mais numerosas serão as derivadas de convenções coletivas. A garantia de autonomia sindical acarretará automaticamente a preponderância dos mecanismos de autocomposição, como os da negociação coletiva e os de arbitragem, sobre os processos coercitivos correspondentes à atuação do poder normativo da Justiça do Trabalho.¹⁴

Vaticinava Magano que as indigitadas modificações do direito coletivo influiriam no direito individual, substituindo a uniformidade de condições de trabalho resultante do caráter genérico das leis pela diversificação provocada pela prática de convenção coletiva, o que, em sua opinião, seria "mais consentâneo com a heterogeneidade da realidade brasileira".¹⁵

Com efeito, muito embora pense que num país como o Brasil é importante mantermos uma lei geral estabelecendo parâmetros gerais e, em muitos aspectos, patamares civilizatórios mínimos. Mas mais importante ainda é admitirmos que as diversidades regionais tornam imprescindível que se reconheça que as necessidades não são homogêneas. Se em Natal é imperioso que os empregadores forneçam a trabalhadores da limpeza urbana óculos de sol

14 MAGANO, 1982, p. 342.

15 MAGANO, 1982, p. 342.

e protetor solar, na Serra Catarinense é muito mais importante que a exigência seja de agasalho para o inverno.

Destaco por fim que, em minha modesta opinião, a forma mais adequada para promover uma verdadeira valorização da negociação coletiva e migrar para um modelo que reconheça a autonomia dos grupos e sua capacidade de se autorregulamentar não é permitindo que ela se sobreponha à legislação vigente, gerando um sentimento de perda. É exigindo a negociação para a completude da criação do direito, gerando um sentimento de construção e ganho.

A mudança é polêmica e as discussões em torno dela não são recentes, como se poderia imaginar. A expressão “negociado sobre legislado” vem sendo bastante utilizada, e já há alguns anos, para diversas tentativas de modificação da legislação trabalhista, apresentadas com o intuito de possibilitar que a negociação coletiva se sobreponha, em todos ou apenas em determinados temas, à legislação elaborada pelo parlamento. Não se trata de um verdadeiro mecanismo de valorização da negociação coletiva, mas de um mecanismo de flexibilização das normas imperativas estatais.

O ideal, em termos de valorização da negociação coletiva e fortalecimento do sistema sindical, seria criar melhores condições e deixar mais espaço para as negociações coletivas, e não manter uma legislação ampla e detalhista e possibilitar que ela seja pontualmente derogada pela negociação entre os atores sociais. Quando a regra existe e se permite uma negociação para reduzi-la ou suprimi-la, cria-se a sensação de perda de direitos. Quando se deixa claro que a regra será estabelecida mediante negociação coletiva, a expectativa é de que a regra será construída pelas categorias.

O ponto de vista aqui defendido torna-se mais claro com um exemplo. A Lei n. 10.101 estabelece em seu art. 2º que “[a] participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados”, e lista os procedimentos que poderão ser adotados. A lei não dá um direito e permite que a negociação o suprima ou modifique. Ela deixa claro que a negociação é importante para que o direito surja e seja editado. Esse modelo efetivamente valoriza a negociação coletiva. Quando ele é adotado, a negociação torna-se parte do processo de criação do direito.

As regras do art. 7º, incisos VI e XIII, diferentemente, não cuidam de verdadeiro mecanismo de valorização da negociação coletiva,

mas de mecanismo de enfrentamento de crise. Elas possibilitam a flexibilização das regras de irredutibilidade salarial e de vedação à alteração contratual lesiva mediante negociação coletiva para que em determinadas situações se assegure uma maior ou melhor proteção para uma categoria ou grupo de trabalhadores, ainda que em detrimento de seus direitos individuais.

Quando se permite que a negociação suprima ou altere um direito já estabelecido na legislação, ela deixa de ser um mecanismo de conquista e se torna um instrumento de perda. Mesmo quando a perda for justificada pela proteção de um bem maior, como no caso da preservação de empregos e postos de trabalho.

De todo modo, não vejo razão para tanta panaceia quanto à admissão das convenções sindicais com força de lei, quando os sindicatos operários efetivamente estejam bem organizados e se mostrem capazes de negociar em condições de equilíbrio de força com os empregadores. A principal característica do modelo flexível, em minha modesta opinião, é aumentar o poder e a responsabilidade dos sindicatos. Não me filio aos que defendem ser imprescindíveis a ultratividade dos direitos coletivos dos trabalhadores e a vedação da negociação coletiva *in pejus* para a validade de um modelo de construção do Direito do Trabalho a partir do conceito de grupo. Basta a existência de sindicatos bem organizados, num regime de plena liberdade sindical em que os mais eficazes e eficientes obtenham hegemonia democrática e meritocrática, conquistando a efetiva representatividade, e não apenas a representação formal da categoria.

Nesse ponto reside a minha principal crítica ao modelo instaurado com a Lei n. 13.467. O modelo que sobrepõe a negociação coletiva sobre a legislação foi implantado sem a prévia ou pelo menos a concomitante reestruturação do modelo de organização sindical brasileira.

3 NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO NO DIREITO BRASILEIRO

A ideia de que a negociação coletiva pode se sobrepor à lei, mesmo quando criar regras mais desfavoráveis aos empregados, não é nova no Direito brasileiro. Octávio Bueno Magano defendia em seu conhecido *Manual de Direito do Trabalho* essa possibilidade com base na literalidade da regra do art. 623 da Consolidação das Leis

do Trabalho, e, posteriormente, com ainda mais vigor na literalidade do art. 7º, XXVI, do texto da Constituição Federal de 1988.¹⁶

Nas relações entre a lei e a convenção, tem prevalecido o entendimento de que, na primeira, se encerra o mínimo de garantias atribuídas aos trabalhadores, o qual pode ser alterado *in melius* pela última. A apontada diretriz tem, no entanto, sofrido alguns desmentidos, sobretudo nos últimos tempos, a que corresponde a fase da crise do Direito do Trabalho. Antes do advento da Constituição de 1988, já havia a regra do art. 623, da CLT. Agora, há as regras do art. 7º, VI, XIII e XIV, da mesma Constituição, possibilitando claramente alterações *in pejus* de condições de trabalho.¹⁷

Essa tese, contudo, não foi acolhida pelo Judiciário Trabalhista, que reiteradamente entendia que a negociação coletiva só poderia prejudicar os trabalhadores nas duas hipóteses mencionadas na legislação, a saber, redução de jornada e redução de salário.¹⁸

16 "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]"

17 MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. v. III, p. 19.

18 "HORAS IN ITINERE. NORMA COLETIVA. SUPRESSÃO. [...] no tocante à alegada validade da cláusula da Convenção Coletiva de Trabalho que estabelecia o não pagamento pelo 'tempo gasto entre a residência do empregado e o local do escritório das obras', em transporte fornecido pela empresa, necessário expor os seguintes fundamentos. As normas coletivas de trabalho devem ser resultado de concessões recíprocas entre as partes convenientes, mas não podem ser utilizadas para determinar condições menos favoráveis aos empregados do que aquelas previstas em texto de lei, pois o inciso XXVI do artigo 7º da Constituição da República, que estabelece como direito fundamental dos trabalhadores o 'reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho', deve ser interpretado e aplicado em consonância com o *caput* daquele mesmo preceito constitucional, que dispõe, claramente, que seus 34 (trinta e quatro) incisos somente se aplicam para fixar um patamar mínimo de direitos sociais, 'além de outros que visem à melhoria de sua condição social'. Embora seja predominante, no Tribunal Superior do Trabalho, o entendimento de que é válida a prefixação, por norma coletiva de trabalho, de um tempo uniforme diário *in itinere* a ser pago aos empregados por ela abrangidos, é bem diferente a situação delineada neste caso, em que a negociação coletiva estabeleceu que as horas *in itinere* diárias, pura e simplesmente, não deverão ser pagas, em direta afronta ao princípio da razoabilidade e equivalendo à renúncia dos salários correspondentes a esse tempo à disposição do empregador. Nesse contexto, é inválida a cláusula normativa que transacionou o direito laboral às horas *in itinere*, assegurado pelo

§ 2º do artigo 58 da CLT, que, por se tratar de norma de ordem pública, não pode ser objeto de renúncia, seja pela via individual, seja pela via coletiva. Registra-se, ainda, que o Pleno desta Corte, por ocasião do julgamento do Processo nº E-RR-205900-57-2007.5.09.0325, de relatoria do Ministro Augusto César Leite de Carvalho (julgamento ocorrido em 26/9/2016 e publicada a decisão no DEJT em 3/2/2017), reafirmou o entendimento desta Corte no sentido de não conferir validade à norma coletiva que encerra verdadeira renúncia do empregado ao recebimento das horas *in itinere*, conforme se depreende do entendimento assim ementado: 'RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. HORAS IN ITINERE. ACORDO COLETIVO. EXCLUSÃO DA JORNADA DE TRABALHO E DO CÁLCULO DAS HORAS EXTRAS. O debate se trava acerca da validade de cláusula de norma coletiva que atribuiu à remuneração do tempo *in itinere* a característica de ser parcela indenizatória, devida sem o adicional de horas extras e sem reflexo no cálculo de outras verbas. Em rigor, discute-se sobre tal cláusula revestir-se de eficácia que derivaria da autonomia privada coletiva ou, por outra, se teria tal preceito excedido o limite de disponibilidade reservado à autodeterminação dos atores sociais. Ao considerar, tendo em perspectiva o caso dos autos, que a remuneração do tempo de trabalho ou do tempo à disposição do empregador, nos limites da lei, não poderia ter sofrido redução ou desvirtuamento, o Tribunal Superior do Trabalho remete às seguintes razões de decidir: 1. Em sistemas jurídicos fundados em valores morais ou éticos, a autonomia privada não é absoluta; 2. Os precedentes do STF, como os precedentes em geral, não comportam leitura e classificação puramente esquemáticas, como se em seus escaninhos se acomodassem, vistos ou não, todos os fragmentos da realidade factual ou jurídica. Para além das razões de decidir, acima enumeradas, cabe registrar que os precedentes do STF (RE 590.415/SC e RE 895759/PE) que enlevam a autodeterminação coletiva cuidam de situações concretas nas quais a Excelsa Corte enfatizou a paridade de forças que resultaria da participação de sindicato da categoria profissional, não se correlacionando com caso, como o dos autos, em que o Tribunal Regional do Trabalho constata não ter havido qualquer contrapartida, sob as vestes da negociação coletiva, para compensar a renúncia de direito pelos trabalhadores. Embargos conhecidos e não providos' (destacou-se). Diante do exposto, não se cogita de ofensa ao artigo 7º, incisos VI e XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. [...] (TST - RR: 9422420115040741, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29/11/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 07/12/2017). Bastante didático é também o seguinte julgado: 'TRT-PR-01-10-2004 LIMITES AO PODER DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA IMPOSTOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E LEGISLAÇÃO TRABALHISTA - IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE DIREITO PREVISTO CONSTITUCIONAL OU LEGALMENTE ATRAVÉS DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA - MINUTOS ANTERIORES E POSTERIORES À JORNADA DE TRABALHO. A Constituição Federal, por meio do art. 7º, dispõe claramente, como exceções à regra geral, quais os direitos trabalhistas garantidos constitucionalmente passíveis de redução por negociação coletiva, restringindo tal possibilidade à irredutibilidade salarial (inc. VI), à jornada máxima de oito horas diárias (inc. XIII), bem como à jornada de seis horas para o trabalho

Diante dessa interpretação restritiva do Judiciário, tentou o Legislativo disciplinar a questão pela via legal. A esse respeito cabe mencionar o Projeto de Lei n. 5.483/2001, enviado pelo governo Fernando Henrique Cardoso ao Congresso Nacional em 3 de outubro de 2001, que se limitava a alterar o art. 618 da Consolidação das Leis do Trabalho para lhe atribuir a seguinte redação:

Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.

A ideia dos seus propositores era que qualquer regra infraconstitucional não relativa à normas de segurança e saúde do trabalho pudesse ser derogada por meio de negociação coletiva. Esse projeto de lei foi retirado de tramitação em 8 de março de 2003, a pedido do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, e posteriormente arquivado em 16 de abril de 2004.

realizado em turnos ininterruptos de revezamento (inc. XIV). Quanto aos demais direitos garantidos constitucionalmente, a possibilidade de negociação coletiva restringe-se ao modo pelo qual serão assegurados e ao seu acréscimo, pois, de acordo com o disposto no *caput* do artigo 7º, os direitos assegurados no referido artigo constitucional são as garantias mínimas, podendo, portanto, ser acrescidos, mas não reduzidos ou suprimidos. Nos precisos termos do i. jurista Roberto Barretto Prado, em sua obra 'Curso de Direito Coletivo de Trabalho', 2ª edição, Editora LTr, 1991, pág. 163, 'da Constituição deve constar os princípios básicos e fundamentais, indispensáveis como roteiro na aplicação aos casos concretos dos diversos institutos jurídicos, sem prejuízo das normas que digam respeito ao Poder Público, suas prerrogativas e limitações e seu funcionamento.' A respeito, mister se faz também citar o professor Arion Sayão Romita, em cuja obra 'Sindicalismo Economia Estado Democrático – Estudos', Editora LTr, 1993, pág. 100, comenta que 'a Constituição garante a negociação como instituto, mas não lhe assegura liberdade total para determinar as condições de trabalho'. Neste mesmo sentido é o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada por meio do Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que 'estatuí as normas que regulam as relações individuais e coletivas de trabalho, nela previstas.' (art. 1º da CLT), e dispõe, especificamente, quais os direitos passíveis de negociação mediante Acordo ou Convenção Coletiva de Trabalho, como por exemplo, os artigos 59 e 71 *caput* da CLT. Assim, não há como se reconhecer eficácia a previsão convencional que afasta a consideração, como horas extras, dos 10 (dez) minutos anteriores e dos 10 (dez) minutos posteriores ao início e término da jornada normal de trabalho, eis que em evidente violação de disposição literal de lei, não passível de negociação coletiva. Recurso ordinário da Reclamada a que se nega provimento quanto a este aspecto. (TRT-9 1345200369903 PR 1345-2003-69-9-0-3, Relator: Ubirajara Carlos Mendes, Data de Publicação: 01/10/2004)."

Em obra publicada em meados dos anos 2000, o Professor José Augusto Rodrigues Pinto, merecidamente homenageado com esta obra, com a percuciência que sempre lhe foi peculiar, alertava para a necessidade de aprimoramento dos profissionais do Direito na arte de negociação, haja vista que, a despeito de a jurisprudência da época ainda relutar a admitir o negociado sobre o legislado, havia forte pressão para uma valorização da negociação coletiva em um futuro próprio. Em suas palavras:

Não alimentem ilusões todos aqueles que, leigos ou formados, se movimentam no cenário das relações trabalhistas: o futuro sinaliza para um Direito Sindical e Coletivo do Trabalho solidamente assentado numa regulamentação construída pela vontade de seus sujeitos. É preciso estar-se atento a isso para aprender a arte da negociação sem a angústia da pesada sombra projetada pelo big brother da ficção de Orwell.¹⁹

Somente em 2016, mais precisamente em 21 de dezembro, quando foi apresentado pelo presidente Michel Temer o Projeto de Lei n. 6.863, batizado como "minirreforma trabalhista", a ideia de sobreposição do negociado sobre o legislado foi formalmente retomada. De sua exposição de motivos se extrai que seus objetivos eram aprimorar as relações do trabalho no Brasil por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores; atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão de obra no País; regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores; e atualizar a Lei n. 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

A profecia de Rodrigues Pinto se confirma no final do ano de 2016, quando o presidente Michel Temer, que assumira o cargo meses antes após o impeachment da presidente Dilma Rousseff, apresentou um projeto intitulado "minirreforma trabalhista". Na exposição de motivos do aludido projeto há referência ao julgamento do RE 590415/SC, em que o ministro Luís Roberto Barroso Barroso deixa claro que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um "patamar civilizatório mínimo", notadamente, a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança

19 RODRIGUES PINTO, 2007, p. 766.

do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. E que, por conseguinte, direitos que excedem esse patamar civilizatório mínimo sujeitar-se-iam, por conseguinte, à negociação coletiva, um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas.

O projeto justifica, com essa referência expressa ao julgado do Supremo Tribunal Federal, a medida destinada a sobrepor a negociação coletiva ao disposto expressamente nos textos legais.

A modificação proposta, no entanto, não representava apenas uma simples mudança legislativa, mas numa verdade mudança principiológica. Com efeito, ela implica a substituição do princípio da norma mais favorável, que determina a aplicação da regra que mais beneficiar o trabalhador, pelo princípio da norma mais específica, que orienta a aplicação da norma mais próxima da realidade fática da relação de emprego, seja ela a convenção ou o acordo coletivo de trabalho. Com isso, modifica-se bruscamente o modelo de solução de antinomias previsto no ordenamento jurídico brasileiro e, em grande medida, todo o Direito do Trabalho, já que o princípio da norma mais favorável, segundo Américo Plá Rodríguez, "*constituye una nota característica del Derecho laboral, siendo contados los casos de normas de orden público que no admiten su derogación em forma absoluta*".²⁰ A inderrogabilidade relativa, ou derrogabilidade relativa das normas legais, que somente admitia a possibilidade de derrogações por disposições de menor hierarquia quando estas resultassem mais benéficas para os trabalhadores, é substituída por uma derrogabilidade plena e absoluta por normas coletivamente negociadas.

Por essa razão, fala-se doravante em aplicação do princípio da norma mais específica, e não do da norma mais favorável, para a solução de antinomias trabalhistas. Aplicar-se-á a regra que estiver mais próxima da realidade do empregado, e não a que lhe for mais favorável. O acordo se sobreporá à convenção coletiva de trabalho, sendo ou não mais benéfico do que ela. A convenção se sobreporá à lei, sendo ou não mais benéfica do que ela, salvo em relação às poucas restrições enunciadas no art. 7º da Constituição Federal e

20 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 5. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2015, p. 105.

praticamente repetidas no art. 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe:

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

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

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

A conclusão de que a possibilidade de negociação coletiva para retirada, modificação ou flexibilização de direitos trabalhistas passou a ser a regra e não a exceção é afirmada pela expressão

"entre outros", que antecede a relação de quinze situações em que a lei expressamente a permite,²¹ e reafirmada pela expressão "exclusivamente", que antecede o rol de situações em que a lei expressamente não a admite.

21 "Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

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

II - banco de horas anual;

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

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

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

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

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

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

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

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

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

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º 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.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos."

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de síntese conclusiva, reafirmamos aqui o nosso entendimento de que a negociação coletiva é a melhor forma de se construir o Direito do Trabalho, haja vista que ninguém melhor do que os diretamente envolvidos numa relação empregatícia para decidir as cláusulas que regerão as condições de trabalho da categoria. Pensamos ser essa solução inquestionavelmente melhor do que a ditada por legisladores que muitas vezes estão bastante distantes da realidade social daquela atividade econômica. Melhor também do que a solução ditada nos dissídios coletivos por magistrados que, muitas vezes, jamais foram empregados ou empresários e, portanto, conhecem da matéria pelo conhecimento adquirido nos cursos e livros jurídicos, sem, contudo, a vivência prática da categoria econômica em discussão.

O modelo que consideramos ideal para a construção do Direito do Trabalho, contudo, não é permitindo que ela se sobreponha à legislação vigente, gerando um sentimento de perda. É exigindo para a completude da criação do direito, gerando um sentimento de construção e ganho, como sugerido pela Lei n. 10.101.

Não pensamos, todavia, que a ideia de convenção sindical com força de lei, mesmo quando mais desfavorável ao trabalhador, represente o fim do Direito do Trabalho e da proteção do trabalhador. Esse modelo mais flexível não retira direitos de imediato, muito embora permita que eles sejam retirados com o consentimento dos sindicatos que representam os trabalhadores. Por isso dissemos que o seu resultado imediato não é a precarização do trabalho, mas o empoderamento dos sindicatos, doravante dotados de ainda mais responsabilidade no seu processo de negociação coletiva. Por isso também defendemos que o ideal seria que, caso escolhido, o modelo que admite a sobreposição da negociação coletiva à lei somente fosse estabelecido após ou simultaneamente a uma ampla reestruturação do modelo de organização sindical brasileiro, com implantação, enfim, de um sistema de pluralidade sindical efetivo.

REFERÊNCIAS

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. A desvalorização da negociação coletiva. In: MARANHÃO, Ney; TUPINAMBÁ, Pedro Tourinho. *O mundo do trabalho no contexto das reformas: análise crítica*. Homenagem aos 40 anos da Amatra 8. São Paulo: LTr, 2017. p. 188-196.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. Convenção sindical com força de lei. In: CONTRAPONTO JURÍDICO: posicionamentos divergentes sobre grandes temas do direito. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 943-960.

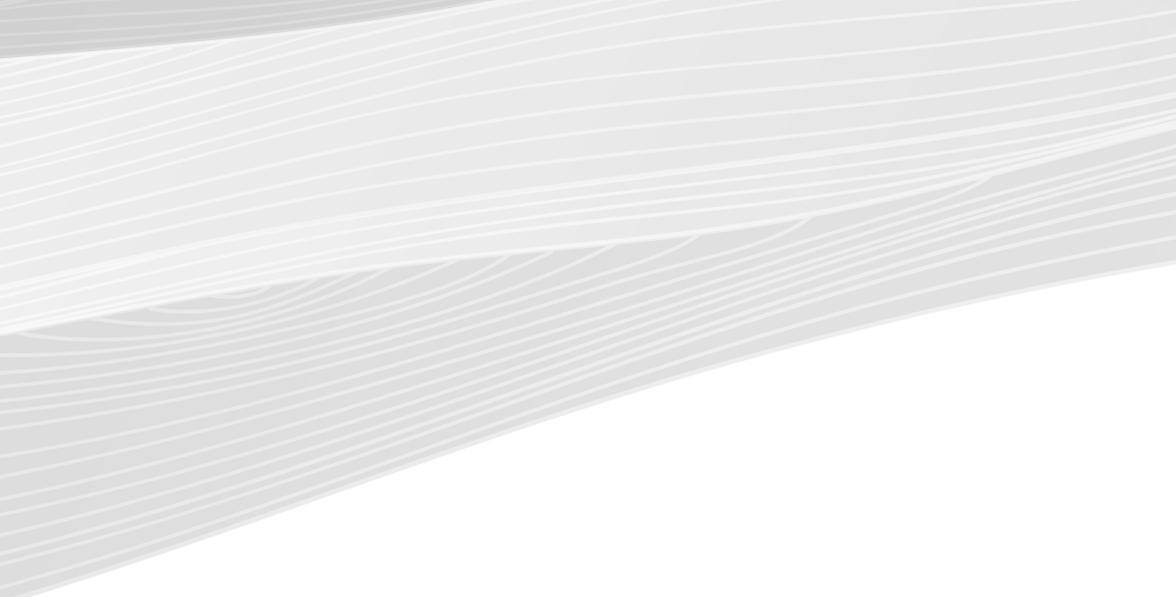
BRASIL. Câmara dos Deputados. Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei n. 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoes/Web/prop_mostrarintegra?codteor=1544961. Acesso em: 1º abr. 2021.

MAGANO, Octávio Bueno. Discurso do professor Octávio Bueno Magano. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, p. 339-343, 1982.

MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1993. v. III.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 5. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitária, 2015.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.



LUCIANE CARDOSO BARZOTTO

Juíza do Trabalho. Professora da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

LGPD E DESAFIOS RECENTES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL

Sumário: 1 Negociação coletiva para proteção de direitos dos titulares de dados: o papel do sindicato. 2 Negociação coletiva: uso de imagem em teletrabalho. 3 Negociação coletiva e a saúde dos trabalhadores: a vacinação e os dados. 4 Negociação coletiva para assegurar outros direitos constantes da LGPD. 5 Considerações finais.

A Reforma Trabalhista trouxe novos contornos para a negociação coletiva, agora regulada quanto ao conteúdo no art. 611 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O art. 611-A estabelece hipóteses nas quais a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei. Por sua vez, o art. 611-B aduz os temas que não deverão ser tratados em convenção coletiva do trabalho ou acordo coletivo de trabalho. Estes dispositivos devem ser lidos à luz da Constituição Federal em seu artigo 7º (inciso XXVI), no qual se estabelece o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Além disto, as Convenções n. 98 e n. 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil, destacam a necessidade de os países fomentarem e valorizarem as negociações coletivas como meio eficaz para estabelecimento de melhores condições do trabalho.

Portanto, o que se perquire neste curto artigo é se a privacidade dos empregados, agora regulada pela Lei n. 13.709/2018, também conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), é passível de ter seu conteúdo esmiuçado e descrito em cláusulas de negociação coletiva entre empregados e empregadores e seus respectivos entes de representação coletiva.

A priori, pela interpretação dada ao art. 611 da CLT em conformidade com a Constituição Federal, responde-se positivamente para

que negociações coletivas possam contemplar, de modo explícito, diversos direitos trazidos pela LGPD a todo cidadão, incluindo-se o trabalhador, na proteção de sua autodeterminação informativa, visto que as negociações coletivas servem para atuar no vazio da lei, criando direitos e obrigações laborais.

Entretanto, discute-se se a negociação coletiva seria o meio adequado para regular direitos individuais de trabalhadores com relação a dados pessoais. Salienta-se que os direitos do titular dos dados expressam direitos fundamentais, consagrados na Constituição Federal, no art. 5º, inciso X, da Carta Magna, adicionados a novos direitos. Tramita no Congresso projeto de lei – PEC 17/2019 – tendente a dar ao direito à proteção de dados um caráter de direito fundamental autônomo, ou seja, categoria especial de direitos da personalidade.

Por enquanto, verifica-se em que medida alguns aspectos da proteção de dados já estão contemplados em cláusulas negociais coletivas. Como ilustra o teletrabalho, ou trabalho remoto da pandemia, encontram-se cláusulas sobre utilização de imagem, que é um dado sensível, à luz do art.5º da LGPD. Além da regulamentação do uso da imagem (biometria) mediante fontes negociais, no Brasil e no exterior, perquire-se sobre novas possibilidades de negociação com relação à vacina contra Covid-19, cujos contornos envolvem outro dado sensível, a saúde do trabalhador.

Por fim, elencam-se possibilidades de estipulações por meio de fontes normativas autônomas diversos temas trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados. As novidades da Lei n. 13.709/2018 tendem a dar novos contornos à negociação coletiva a ponto de constituírem verdadeira oportunidade para os sindicatos demonstrarem sua efetividade na defesa dos direitos individuais e coletivos da categoria, numa adequação aos novos tempos de autodeterminação informativa na sociedade em que os dados possuem valor.

1 NEGOCIAÇÃO COLETIVA PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS DOS TITULARES DE DADOS: O PAPEL DO SINDICATO

A entidade sindical terá papel central na efetividade da LGPD diante da necessidade de proteção de dados nas relações trabalhistas?

Recorda-se que a Lei n. 13.709/2018 é aberta, geral, transversal, com flexibilidade de interpretação, válida para qualquer organização, autorizando regulamentações supletivas dos sindicatos, porquanto traz uma ideia unificada do tratamento dos dados. Diante das inúmeras situações que envolvem concretamente os dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, a LGPD é um mandado de otimização legal, traçando metas para os empregadores se alinharem no tratamento dos dados gerados durante a relação de trabalho.

Alguns entendem que cláusulas que disciplinam a proteção de dados não poderiam ser incluídas em negociação coletiva laboral por dizerem respeito a direitos individuais personalíssimos, para os quais o titular deve anuir, não sendo, em princípio, direitos de base coletiva.¹

Outros entendem que é possível a fixação por negociação coletiva de matéria que envolva proteção de dados.² Adota-se a segunda corrente por analogia ao GDPR, art. 88, que contempla matéria laboral, ou pela permissão do art. 8º da CLT. Entende-se, a partir da ideia de negociação coletiva, que os diversos direitos do titular, por possuírem matriz constitucional, não podem ser flexibilizados.

Nas questões sindicais, a primeira pontuação importante é a própria filiação sindical do empregado. Temos expressamente na lei que a filiação sindical é dado pessoal sensível, conforme o art. 5º. A filiação a sindicato deve ser informação fornecida para o empregador desde que a contribuição sindical passou a ser facultativa (art. 545 da CLT). Como o pagamento da contribuição é devido apenas pelos associados, o empregador deve saber a filiação, dispensando-se o consentimento do empregado, visto que é exigência legal

1 CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o Direito do Trabalho*. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>.

2 BOMFIM, Vólia; PINHEIRO, Yuri. A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho. In: MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no Direito e no Processo do Trabalho*. São Paulo: RT, 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Direito Unifacs: debate virtual*, Salvador, n. 239, p. 1-42, maio 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744/4066>.

para o empregador o desconto da contribuição. No curso da relação de emprego e para a finalidade de recolhimento sindical, questionar-se a filiação seria viável, mas não se pode utilizar a ideia do legítimo interesse do controlador (art. 10 da LGPD), a qual não está elencada entre as bases de tratamento dos dados pessoais sensíveis, constantes no art. 11 da LGPD, que abaixo se transcreve:

Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses:

I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas;

II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para:

a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos;

c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis;

d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Entende-se que, no caso de requerimento do empregador ao empregado sobre o fato de ser ou não o empregado sindicalizado, ou mesmo a obrigação de o sindicato fornecer o rol dos associados às empresas, com dever fixado em eventual cláusula decorrente de negociação coletiva, estaria embasado na forma de tratamento que é o cumprimento de obrigação legal ou regulatória do controlador, por exemplo (art. 11, inciso II, a).

Em um primeiro momento, pode-se dizer, em tese, que as entidades sindicais terão amplas possibilidades de regulamentar direitos inerentes à lei, conforme o melhor interesse de seus representados.

O titular de dados é detentor de diversos direitos em relação aos seus dados, a iniciar pela liberdade, privacidade e livre desenvolvimento da sua personalidade (art. 1º) além dos elencados no art. 18, direitos estes que poderiam ser explicitados por normas coletivas, a fim de que correspondam à principiologia legal do art. 6º da LGPD e respondam ao titular algumas perguntas: para que fim são guardados os dados, em que contexto, etc.

Nestes termos, cumpre referir que os direitos do titular dos dados correspondem aos princípios fixados na lei, como didaticamente indica-se:

PRINCÍPIOS	PERGUNTAS SOBRE DADOS	DIREITOS DO TITULAR
I – finalidade	PARA QUE FIM?	INFORMAÇÃO – ART. 9º
II – adequação	EM QUE CONTEXTO?	PORTABILIDADE – ART. 18, V
III – necessidade	POR QUE É PRECISO?	NEGATIVA – ART. 18, VIII
IV – livre acesso	ONDE?	ACESSO – ART. 9º
V – qualidade dos dados	COMO?	CORREÇÃO – ART. 7º, § 6º
VI – transparência	QUAL MODO?	CONFIRMAÇÃO – ART. 8º, 37
VII – segurança	COM QUE MEDIDAS?	ELIMINAÇÃO – ART. 16
VIII – prevenção	EM VISTA DE QUÊ?	ANONIMIZAÇÃO – ART. 11, II, c
IX – não discriminação	PARA QUE NÃO?	REVISÃO – ART. 20
X – responsabilização e prestação	QUEM RESPONDE?	REVOGAÇÃO – ART. 8º, § 5º

Todos os aspectos acima elencados, de direitos de titulares de dados, com suas perguntas sobre o tratamento dos dados (art. 5º, X, e art. 7º da LGPD), e designação do princípio a orientar o tratamento, podem receber uma resposta coletiva, enquanto trabalhadores sindicalizados. Este feixe de direitos enseja proteção pela via de negociação sindical, porquanto dizem respeito ao tratamento de dados constantes em documentos individuais, mas que são tratados homoganeamente, ou seja, de modo coletivo e, diga-se, sem discriminação pelos empregadores. Documentos como fichas de

registro de empregados, termos aditivos para adequação dos contratos de trabalho, necessidade de realização de exames de saúde periódicos, bem como a forma de armazenamento de diversos outros dados laborais, com expressa determinação de como se dará o tratamento pelo controlador de outras informações relevantes são aspectos que permitem tratamento coletivo. Esses itens são apenas uma síntese do que ao sindicato se faculta negociar sobre a política de tratamento e acesso de dados dos trabalhadores, a partir dos direitos elencados no art. 18 da LGPD.

Aqui o sindicato poderá indicar ao titular do dado (empregado) e ao controlador (empregador) de que modo os direitos podem ser exercidos concretamente, em conformidade aos princípios, constantes no art. 6º da LGPD, sob a égide do macro vetor da boa-fé, baliza orientadora do sistema.³

Aos sindicatos é autorizada a atuação de modo a dar efetividade aos diversos fundamentos, aparentemente colidentes e indicados no art. 2º da Lei, a saber:

I - o respeito à privacidade;

II - a autodeterminação informativa;

III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;

IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;

VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e

VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Por outro lado, além de garantidor dos fundamentos do sistema de proteção, o sindicato também é agente ao desempenhar a função de controlador dos dados, no contexto de sua atuação. É imperioso ao sindicato adequar-se à LGPD, uma vez que trata dados dos

3 MENKE, Fabiano; GOULART, Guilherme Damásio. Segurança da informação e vazamento de dados. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo; DONEDA, Danilo; RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz (coord.). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

sindicalizados. Anteriormente à LGPD, já se discutiu no âmbito judicial a responsabilização do sindicato por repasse indevido de dados de representados (compartilhamento de dados), o que poderá ser doravante ajustado também em negociações coletivas. Neste sentido a jurisprudência abaixo transcrita, anterior à vigência da Lei Geral de Proteção de Dados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. EMPREGADO NÃO SINDICALIZADO QUE TEVE DESCONTADA NO CONTRACHEQUE A CONTRIBUIÇÃO ASSISTENCIAL/CONFEDERATIVA. O Regional, instância soberana na análise de matéria fática, a teor da Súmula 126 do TST, concluiu que não houve dano moral, fundamentando que o acesso aos dados do reclamante não foi feito pessoalmente pelo Sindicato recorrido, e sim pelo Estado do Piauí, a quem o autor se encontra vinculado estatutariamente, e, justamente por isso, possui suas informações pessoais e financeiras. Asseverou também que, embora o Sindicato, ao receber do Estado do Piauí valores descontados de seu contracheque, tenha conhecido seus dados funcionais, não se infere daí a existência de danos morais, pois não há informação de que houve divulgação desses dados sem permissão do autor. Em tal contexto, não há falar em violação dos arts. 5º, X, e 8º, V, da CF. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR-1739-76.2011.5.22.0004, 8ª Turma, Relatora Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 12/04/2013).

No caso acima, o sindicato não restou responsabilizado por repassar indevidamente dados de empregado não sindicalizado, uma vez que o ato de encaminhar as informações foi do próprio Estado do Piauí, no caso, empregador público. No entanto, com a entrada em vigor da LGPD, o Sindicato, enquanto guardião de direitos, deve atuar de forma cada vez mais responsável no tocante à proteção de dados para não expor indevidamente os representados/associados, em caso de eventual compartilhamento fora da base legal e das finalidades estritamente necessárias ao desempenho de sua missão.

Neste sentido, na jurisprudência espanhola⁴ encontrou-se uma relação difícil entre direitos de informação dos representantes dos trabalhadores e proteção de dados pessoais, porque deveriam

4 ASECIO, Antonio José Valverde. Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores. *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 118, 2013, p. 13-54.

equilibrar-se direitos coletivos com o direito individual de privacidade ou mesmo intimidade. Vislumbra-se também eventual colisão entre direitos constitucionalmente protegidos: direitos coletivos e direitos individuais. Embora alguma jurisprudência tenha tentado subdividir dados pessoais em profissionais, econômicos e sociais, o Tribunal constitucional espanhol manteve o conceito unitário e amplo de dado pessoal, mantendo a possibilidade de oposição individual do trabalhador embora tendendo a entender que a informação repassada ao sindicato deva ser suficiente para garantir a efetividade das funções de representação dos trabalhadores. A concorrência de direitos em sede coletiva faz com que o dado transmitido aos representantes dos trabalhadores, por força de dispositivos legais, tenha nos sindicatos um papel de garantidores e novos "responsáveis" e pelos dados dos trabalhadores enquanto exercem o direito de representação. Essas questões são complexas e não estão resolvidas, embora tenham surgido diretrizes na Agência Espanhola de proteção de dados.⁵

Em Portugal, a partir da Lei n. 58/2019, de 8 de agosto, que é a Lei de execução do Regulamento (UE) 2016/679, entende-se que as negociações vão aumentar.

Colacionam-se acordos coletivos que exemplificam a negociação sindical em busca de dados para exercício das próprias funções e em defesa dos representados. Conforme boletim de trabalho e emprego de Portugal, de janeiro de 2021, aparecem algumas cláusulas de negociação coletiva sobre dados:

I Acordo de empresa entre a Exide Technologie, L.da e o Sindicato das Indústrias Eléctricas do Sul e Ilhas - SIESI, a Cláusula 11^a, que trata sobre o Relatório único (p.47), dispõe que "A empresa obriga-se a enviar o conteúdo do relatório anual referente à informação sobre a sua actividade social (Relatório Único) à comissão de trabalhadores e aos sindicatos representativos de trabalhadores da empresa que o solicitem, nos termos da lei vigente e tendo em conta a Lei de Proteção de Dados". Na mesma página, consta na Cláusula 12^a que são deveres da empresa "i) Prestar aos sindicatos os esclarecimentos que por estes lhe sejam solicitados, relativos às

5 Guia de "la protección de datos en las relaciones laborales" de la propia Agencia Española de Protección de Datos. Disponível em: http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_RelacionesLaborales.pdf.

relações de trabalho, nos termos do Código do Trabalho e da Lei da Proteção de Dados”, e “q) Ouvir os órgãos representativos dos trabalhadores sempre que tal se justifique, nos termos do Código do Trabalho e Lei da Proteção de Dados”.

II Acordo de empresa entre a AGERE - Empresa de Águas, Efluentes e Resíduos de Braga, EM e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de Entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro, a cláusula 5ª é sobre proteção de dados pessoais (p.74), com início de vigência em 01/07/2020:

1- A empresa não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações respeitantes à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar a respetiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

2- A empresa não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações respeitantes à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à atividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respetiva fundamentação.

3- As informações relativas à saúde ou ao estado de gravidez previstas no número anterior são prestadas a médico que só pode comunicar à empresa se o candidato a emprego ou o trabalhador está ou não apto a desempenhar a atividade.

A cláusula 9ª trata sobre utilização de dados biométricos:

A empresa só pode proceder ao tratamento de dados biométricos se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objetivos a atingir e observando a regulamentação em cada momento em vigor no âmbito da proteção de dados pessoais e demais regulamentação aplicável.

1. Acordo de empresa entre a BRAVAL – Valorização e Tratamento de Resíduos Sólidos, SA e o Sindicato dos Trabalhadores da Administração Pública e de Entidades com Fins Públicos - SINTAP e outro encontra-se com a mesma redação da cláusula 5ª sobre proteção de dados, conforme acima transcrita.

Todos os exemplos acima transcritos revelam que a mesma complexidade negocial quanto a dados deverá ser enfrentada pelos sindicatos brasileiros ao se adaptarem a LGPD.

O certo é que, em âmbito europeu, o acordo coletivo também tem um lugar importante na definição deste direito à privacidade e proteção de dados. O art. 88 do RGPD incorpora um regulamento específico em matéria laboral ao estabelecer que

os Estados-Membros podem, por meio de disposições legislativas ou acordos coletivos, estabelecer regras mais específicas para garantir a proteção de direitos e liberdades em relação ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no local de trabalho.

O Considerando (155) do RGPD recorda o

Direito dos Estados-Membros de editarem os acordos coletivos, incluindo “acordos de empresa”, podendo estabelecer regras específicas relativas ao tratamento de dados pessoais de trabalhadores no campo do trabalho, em particular em relação às condições em que os dados pessoais, neste contexto, podem estar sujeitos a tratamento com base no consentimento do trabalhador para fins de contratação, a execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações estabelecidas por lei ou por acordo coletivo, a gestão, planejamento e organização do trabalho, igualdade e segurança no trabalho, saúde e segurança no trabalho, bem como as finalidades exercício e gozo, individual ou coletivo, de direitos e benefícios relacionados ao emprego e para efeitos de cessação da relação laboral.

A limitação na autonomia da vontade nas relações privadas, por conta da subordinação da relação de emprego autoriza que outras instituições possam velar pela proteção de dados e, neste sentido, no art. 80 do GDPR há expressa autorização de que o sindicato seja autorizado a representar o titular de dados diante dos empregados, perante a Agência Nacional de Proteção de Dados, ou mesmo em juízo.⁶

A doutrina laboral defende o que poderia ser chamado de governança coletiva de proteção de dados, a partir dos sindicatos, os quais poderiam fiscalizar processos de seleção, avaliações e despedidas e a gestão dos dados nestes momentos contratuais.⁷ Isto

6 UGUINA, Jesús R. Mercader et al. El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos. *Revista de Información Laboral*. n. 6, 2018 parte Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

7 SIGNES, Adrián Todolí. La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales “big data”, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. Valencia: *Revista de derecho social*, n. 84, 2018, p. 69-88.

acompanharia o tratamento e processos de coleta automatizados de dados, bem como uma espécie de vigilância para se evitar discriminações algorítmicas e arbitrariedades no mundo do trabalho, atividades que demandariam a presença da atuação sindical.

A crítica é que há um caráter individualista da proteção de dados presente no âmbito europeu, sendo que o GDPR, por sua vez, influenciou a norma brasileira.

Cumprido lembrar que a LGPD alude explicitamente à tutela coletiva de dados pessoais (arts. 22 e 42, *caput* e § 3º), incidindo, no caso de judicialização, a legislação específica: Lei n. 7.347/1985 e os arts. 81 a 104 do CDC, a Lei n. 4.717/1965, sobre a ação popular, e os arts. 21 e 22 da Lei n. 12.016/2009, sobre o mandado de segurança coletivo. O sindicato é considerado associação civil para fins de legitimidade ativa para propositura de Ação Civil Pública, conforme pacífica jurisprudência do STF e consoante o art. 5º da Lei n. 7.347/1985. Isso significa dizer que, tanto na negociação autônoma, quando do Sindicato produz fonte de Direito do Trabalho, como na ação judicial para assegurar os direitos de proteção de dados, há uma autorização legal para a atuação sindical em questão de proteção de dados, especialmente no interesse da categoria, em situações de evidentes violações a direitos individuais homogêneos, como seria o resguardo de dados de uma determinada coletividade laboral de eventual incidente de segurança ou violação do tratamento legal em desconformidade com a finalidade declarada pelo controlador. Por esses motivos, entendemos viável e legal a existência de cláusula convencional prevendo a autorização de envio de dados dos trabalhadores aos sindicatos, pela categoria econômica, cuja autorização foi feita em assembleia geral e em conformidade com a vontade dos associados.

2 NEGOCIAÇÃO COLETIVA: USO DE IMAGEM EM TELETRABALHO

Neste momento, examinam-se cláusulas negociais específicas sobre dados de empregados. Em rápida busca no sistema Mediador⁸ da Secretaria do Trabalho, sobre negociações sindicais, é possível que se encontrem acordos e convenções coletivas que trazem regras atinentes ao uso da imagem do empregado como se transcreve abaixo, num contexto de teletrabalho ou trabalho remoto em época de pandemia, com vigência ainda atual:

8 Cf. em: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/>.

e) Fica ajustado que a visualização das imagens capturadas em eventual chamada por vídeo com o empregado, equivalem a uma reunião pública, ocorrida no interior da empresa, podendo ser gravada e utilizada para fins lícitos de exercício do poder empregatício, sendo dever do empregado, livrar o ambiente filmado de acontecimentos íntimos e de sua vida privada.

f) A aceitação de chamadas por vídeo dependerá de ato próprio do empregado, ficando proibida a ativação remota da câmera pelo empregador para qualquer finalidade.⁹

Observa-se *a priori* que a cláusula negocial não refere expressamente o consentimento do empregado, mas, ainda que o referisse, não poderia o sindicato autorizar nada em nome do empregado em face do direito personalíssimo que está envolvido na imagem das reuniões.

O que se percebe, na prática, é uma limitação na esfera de direção patronal quanto à "ativação remota da câmera pelo empregador para qualquer finalidade". No entanto, a cláusula representa mais uma garantia para empresa para o exercício do poder diretivo patronal do que uma salvaguarda para o direito dos empregados, até porque atribui ao empregado o resguardo de acontecimentos íntimos da sua vida privada, no âmbito de sua residência.

No entanto, o caso ilustra o uso da imagem dos trabalhadores que, embora já protegido constitucionalmente (art. 5º, inciso X), ganha mais uma camada de proteção pela LGPD, ao ser considerado dado biométrico, e, portanto, dado sensível.

Os dados biométricos podem ser definidos como "aqueles relacionados às características físicas, fisiológicas e comportamentais de uma pessoa natural que permitem ou confirmam de maneira inequívoca a sua identidade, tais como imagens faciais ou impressões digitais" conforme definição da autoridade francesa de proteção de

9 Sindicato dos Empregados em Administradoras de Consórcios e Empregados em Concessionárias e Distribuidores de Veículos do Estado de Pernambuco (SINDCON-PE). Veja-se: <https://sindconpe.com.br/uploads/clauses/mcDWnzO3PqqtJWUwFMkYcg8i4hPejaB6KCowmoB2.pdf>.

Sindicato dos Trabalhadores em Transportes Rodoviários de Cargas nas Regiões do Recife Metropolitano e Mata Sul e Norte de Pernambuco. Confira-se: <https://www.setcepe.com.br/noticias/TermoAditivodeConvenoColetivaHOMOLOGADOMTE.pdf>.

dados.¹⁰ Aqui se verifica a classificação de dados biométricos relacionados a imagem, que, como dados sensíveis, deveriam ter uma proteção especial, à luz do art. 5º da LGPD, abaixo transcrito:

I - dado pessoal: informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável;

II - dado pessoal sensível: dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural; [...]

O conceito de dados sensíveis foi formulado de modo pragmático,¹¹ porque algumas informações apresentariam um elevado potencial ofensivo dos titulares, em uma determinada situação. Dados sensíveis para o regulamento europeu, são uma categoria especial de dados relacionados a determinadas características identitárias da pessoa natural.

De fato, conforme Bioni,¹² “Os dados sensíveis são uma espécie de dados pessoais que compreendem uma tipologia diferente em razão de o seu conteúdo oferecer uma especial vulnerabilidade: discriminação”, ou seja, a utilização incorreta ou abusiva destes dados sensíveis pode levar a violações de direitos fundamentais específicos, como, por exemplo, a exclusão injusta do direito fundamental ao trabalho, por meio de criação de perfis que identificam negativamente determinado trabalhador.

A discriminação por uso de dados sensíveis,¹³ segundo a doutrina, ocorre: a) por ilicitude, quando a lei determina a proteção de dados sensíveis e eles são tratados de forma a discriminar grupos

10 Cf. <https://www.cnil.fr/fr/le-controle-dacces-biometrique-sur-les-lieux-de-travail>.

11 DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

12 BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais*: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 85.

13 MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo; DONEDA, Danilo; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz et. al. *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 421-446.

vulneráveis ou determinada pessoa, em afronta a lei;¹⁴ b) quando o uso de dados gera abusividade por conta de correlação estatística feita por algoritmos enviesados, o que traz grande prejuízo para o titular de dados, em razão da total aleatoriedade ou mesmo ausência completa de causalidade; c) por generalização injusta quando há a utilização de dado relativo ao exercício de um direito para fim discriminatório. Aqui vale lembrar que a máxima para interpretar a correta utilização de dados sensíveis está presente no art. 21 da LGPD, que refere: “Os dados pessoais referentes ao exercício regular de direitos pelo titular não podem ser utilizados em seu prejuízo”.

Para serem tratados, os dados biométricos, em princípio, dependeriam de consentimento do titular ou responsável legal, isso de forma destacada, específica e para finalidades específicas, conforme define o art. 11 da LGPD. O consentimento, no entanto, para a relação de emprego, diante da assimetria de poder entre empregado e empregador, pela presença da subordinação, não seria a melhor base de tratamento, a partir de orientações e trabalhos do GDPR – grupo 29 e diversos autores, restando, portanto, outras opções de tratamento, como cumprimento de obrigação legal ou exercício regular de direitos, bases contempladas no art. 11 da LGPD. O legítimo interesse, outra base de tratamento, prevista no art. 7º e no art. 10, também não consta como base prevista para o tratamento de dados sensíveis.

Portanto, a gravação da imagem em reuniões como identificada nas negociações mencionadas acima pode ser apenas um exemplo de definição de procedimentos biométricos pela via negocial. Deste exemplo podemos extrair várias constatações. Primeiro, que os dados os trabalhadores já estão sendo objeto de negociação coletiva e está sendo informada a finalidade, ainda que possa ser questionada. Segundo, a LGPD veio para garantir direitos aos titulares de dados, e eventual política dos empregadores ajustadas em negociações coletivas não podem se sobrepor à vontade individual do titular do dado, porque excedem à autonomia privada coletiva. De nenhuma maneira, portanto, o sindicato poderia consentir

14 Aqui a discriminação é o mesmo conceito utilizado em seara laboral. Para a Convenção 111 da OIT, em seu art. 1º, I, “a”, o termo “discriminação” compreende toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

pelo titular. Terceiro, como se viu a partir do direito à imagem e as cláusulas acima ajustadas, outras tantas questões poderiam ser regulamentadas via negociação coletiva, tais como: permissão para aposição de câmeras de monitoramento, afixação de sistemas de Inteligência Artificial que coletam dados dos computadores de empregados, questões de reconhecimento facial, controles de acesso, geolocalizadores, uso de leitores de impressão digital, etc.

Interessante é que estes temas começam a aparecer em diversas negociações coletivas a partir do exemplo acima, da regulação do uso da imagem, especialmente no direito europeu, visto que estão mais adiantados no tema.

Encerra-se, pois este capítulo com duas cláusulas recentes de acordos coletivos de trabalho, em vigor, as quais expressamente invocam a LGPD, mostrando-se o início de inclusão de temas de forma explícita.

No caso abaixo, se negam direitos laborais via LGPD (o não fornecimento de cópia de motivo de rescisão), segundo exegese protetiva tanto da LGPD como da CLT:

SETOR: indústria ATIVIDADE: construção e mobiliário PARTES: SIND DOS TRAB NAS IND DA CONSTR E MOB DE S CRUZ DO SUL (95.439.774/0001-20);XALINGO SA INDUSTRIA E COMERCIO (95.425.534/0001-76) INSTRUMENTO COLETIVO: MR063015/2020 TIPO: ACT REGIÃO: S UF: RS ENDEREÇO: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?nrSolicitacao=MR063015/2020> CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA - DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA A empresa que demitir o empregado sob alegação de justa causa fica obrigada a fornecer ao mesmo, comunicação por escrito onde conste resumidamente a falta cometida, cujo documento deverá estar assinado por ambas as partes, funcionário e empresa. Parágrafo Primeiro - Em havendo a negativa da assinatura do respectivo documento, por qualquer razão, a empresa providenciará a assinatura do documento por duas testemunhas, porém, devido a legislação vigente (LGPD-LEI 13.709/2018) não será fornecida cópia assinada do respectivo documento, cujo arquivamento e tratamento dos dados ali constantes ficarão a cargo do departamento de Recursos Humanos da empresa.

Vê-se que a cláusula nega dado ao empregado, o que significa que esta renúncia de antemão, por cláusula negocial, significa mitigação de direitos e tem validade absolutamente questionável.

No caso abaixo, se explicitam aspectos da LGPD, via negociação coletiva, entendendo-se viável a validade da cláusula coletiva:

SETOR: serviços ATIVIDADE: turismo e hospitalidade PARTES: SINDICATO DOS EMPREGADOS NO COMERCIO HOTELEIRO E SIMILARES DE CANELA (90.615.378/0001-92); M A DELAROSA SCHROEDER PADARIA (31.366.717/0001-85) INSTRUMENTO COLETIVO: MRO65672/2020 TIPO: ACT REGIÃO: S UF: RS ENDEREÇO: <http://www3.mte.gov.br/sistemas/mediador/Resumo/ResumoVisualizar?nrSolicitacao=MRO65672/2020> CLÁUSULA OITAVA - CÂMERAS DE SEGURANÇA, AUTORIZAÇÃO DE IMAGEM E INFORMAÇÕES PESSOAIS Declaram os EMPREGADOS ter ciência que nas áreas comuns do estabelecimento comercial da empresa ora acordante, existem câmeras de segurança com sistema de vídeo e áudio por questões de segurança dos próprios empregados, colaboradores e clientes, razão pela qual concordam que as filmagens sejam armazenadas e utilizadas para eventuais expedientes administrativos e policiais. II. Fica desde já acordado entre as partes, que os empregados poderão estar sujeitos a ter as suas imagens divulgadas em publicidade, que envolva o seu setor de trabalho, sem que de tal decorram quanto aos adicionais remuneratórios em decorrência de sua participação, sendo que a reprodução da imagem fica expressamente autorizada pelos empregados, para fins de divulgação comercial do estabelecimento comercial da empresa. a) Declaram os empregados ter ciência que todas as informações fornecidas e coletadas na hora da contratação serão usadas unicamente para registro no programa da folha de pagamento e para atender a legislação e encaminhamento ao banco de dados do e-social. A empresa preserva todas as informações sigilosamente de acordo o que prevê a Lei 13.709 de 14/08/2018.

3 NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A SAÚDE DOS TRABALHADORES: A VACINAÇÃO E OS DADOS

Outra frente importante sobre proteção da saúde dos trabalhadores pode ser uma atribuição sindical negocial especialmente no que tange à saúde e à proteção de dados de saúde em período de pandemia.

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879 foram julgadas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 17/12/2019. Na

decisão entendeu-se que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei n. 13.979/2020.

Aqui reflita-se sobre obrigatoriedade de vacinação de profissionais da saúde a ser fixada por normas coletivas. Antes, um parêntese. Na Itália, a legislação de 31/3/2021, Decreto 44, autoriza que empregados da saúde que não quiserem se vacinar possam ser deslocados para outros trabalhos ou setores que não exijam contato com público. Este é um exemplo de exercício do poder patronal de gestão da crise sanitária, sendo que a lei em comento autoriza medidas de salários suspensos¹⁵, tudo como forma de contenção da pandemia. No Brasil, a Lei n. 14.128, de 26 de março de 2021, dispõe sobre compensação financeira a ser paga pela União aos profissionais e trabalhadores de saúde que ficaram incapacitados por contato com Covid. Por certo, os empregadores é que deverão repassar estes dados ao órgão previdenciário por obrigação legal, dados que serão compartilhados sendo urgente regulação do trânsito deles. Por outro lado, questiona-se sobre a possibilidade, no Brasil, de solicitação de registros de vacinação no âmbito da relação de emprego. Estes dados, pela LGPD, correspondem a um tipo específico de dado sensível, dados relacionados à saúde (art. 5º) e perquire-se se seu tratamento poderia ser regrado por normas coletivas. Entende-se possível o traçado coletivo de condutas gerais, para empregados na saúde, por exemplo. Neste caso, é possível regradar o comportamento (a vacinação) e como manter o dado resultante do comportamento exigido em âmbito da saúde: como armazenar os dados sobre os vacinados.

É viável que a negociação coletiva estabeleça, inclusive, qual seria a base legal do tratamento, se seria o art. 11, inciso II, letra "e", que define o tratamento de dado até mesmo sem o consentimento do titular para fins de proteção da vida ou incolumidade física do titular ou de terceiro (no caso, a proteção à vida da comunidade laboral que trabalha em determinado lugar), ou outra base legal, como por exemplo o cumprimento de obrigação legal, exercício regular de direito etc. Mas tudo isso deve ser estudado e visto com muita parcimônia, diante das peculiaridades dos dados relacionados à saúde e os direitos fundamentais envolvidos na situação.

15 Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2021/03/italia-estuda-obrigatoriedade-de-vacina-para-profissionais-de-saude.html>.

Convém lembrar que, entre as decisões do TST, encontra-se um acórdão mantendo a validade da negociação coletiva que preconizava que o empregador, hospital, fornecesse a vacina aos empregados de modo gratuito. Veja-se na SDC – Acórdão do processo n. RO-441100-53.2008.5.04.0000, em 13 de dezembro de 2010, no qual o recurso ordinário não provido da Federação dos Hospitais do Rio Grande do Sul obteve a seguinte decisão:

VACINAS. Mantém-se cláusula que determina o fornecimento de vacinas contra a hepatite aos farmacêuticos, empregados em hospitais e estabelecimentos de serviços de saúde, categoria profissional abrangida neste dissídio coletivo, tendo em vista a natureza da atividade desempenhada, que os expõe a maior risco de contágio de doenças, como a hepatite B.

Isto é, a negociação coletiva pode administrar este grave problema de saúde pública relacionado à Covid-19 e as vacinas, visto que a saúde está expressamente vinculada ao dado sensível contido no art. 5º, inciso II, da LGPD. No caso, as negociações podem superar a questão de quem fornece e financia a vacina, mas avançar pela Lei Geral de Proteção de Dados, no sentido de como serão exigidas condutas e administrados os dados relacionados ao procedimento da vacinação e, mesmo, de que modo deverão ser tratados estes dados e com quais finalidades.

4 NEGOCIAÇÃO COLETIVA PARA ASSEGURAR OUTROS DIREITOS CONSTANTES DA LGPD

Apontamos, por fim, um amplo espectro de ação sindical em negociação coletiva a partir da LGPD, sendo que negociações poderiam conter os seguintes conteúdos e ações sindicais, segundo artigos da Lei n. 13.709/2018:

- a. explicitar cláusulas de transferência internacional de dados (art. 33, LGPD) para hipóteses de operações internacionais envolvendo dados de empregados de determinada categoria, embora para os padrões gerais deva-se aguardar a ANPD;
- b. definir as boas práticas de governança de dados – tendente a criar códigos de ética e implementar selos de qualidade e estabelecer padrões de diálogo e informação aos trabalhadores segundo o art. 50 da LGPD;

- c. exercer o *habeas data* coletivo em favor de empregados associados, conforme artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal de 1988, combinado com o art. 114, inciso IV, da Constituição Federal;
- d. prever execução de ações para reparação de danos coletivos conforme art. 42, parágrafo 3º, da LGPD, combinado com o art. 114, inciso VI, da CF/88 (ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho);
- e. fixar multas por descumprimento de normas de proteção à privacidade e intimidade dos empregados;
- f. questionar decisões automatizadas que gerem discriminação para grupos de trabalhadores em processos de digitalização do trabalho, conforme arts. 20 e 22 da LGPD;
- g. definir regras sobre compartilhamento de dados entre empresas tomadoras e prestadoras em caso terceirização, bem como em caso de grupo econômico, dando aos envolvidos transparência de informação;
- h. conforme o art. 46 da Lei n. 13.709/2018, definir responsabilidades específicas e setoriais pela implementação de medidas de segurança de dados por partes dos agentes;
- i. explicitar reponsabilidades constantes dos arts. 42 e 43 da LGPD, especialmente quando o operador designado pelo encarregado for empregado;
- j. esclarecer os riscos e controles dos empregados substituídos com relação ao *compliance* de dados e avaliação do impacto de dados;
- k. atuar *praeter legem* no vazio legislativo (LGPD) e regulativo (ANPD);
- l. atuar preventivamente na questão cultural, educacional e formativa na proteção de dados, tratando de temas como confiança, transparência e acesso à informação;
- m. negociar garantia de emprego para o encarregado se este vier a ser empregado, bem como delimitar responsabilidades;
- n. explicitar coletas tecnológicas de dados para proteção de direitos digitais.

O sindicato pode fiscalizar toda a lei com base na *accountability* e realizar denúncias no DPO (encarregado) dentro da empresa, no MPT e na ANPD. Em síntese, o sindicato, numa visão de oportunidade e exercício de suas funções negociais constitucionais, está autorizado a retomar sua confiança, credibilidade e atuação com base nesta nova realidade de necessidade de proteção de dados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num cenário de trabalho para os próximos anos vale lembrar o centenário da OIT, em sua Declaração, em 2019,¹⁶ a qual menciona a necessidade de que o trabalhador tenha a proteção de seus dados pessoais e privacidade por meio do reforço das instituições. Essa proteção para o futuro do trabalho – proteção de dados deve se dar de forma individual e também de modo coletivo, com a participação sindical em negociações coletivas, visto que o sindicato é a instituição vocacionada para a defesa dos direitos individuais e coletivos dos representados.

Lendo-se os dispositivos legais que regulam negociações coletivas, e, em especial, tomando-se a nova redação do art. 611 da CLT, parece-nos que há autorização da atuação sindical para defesa de direitos de proteção de dados de seus associados, considerando-se ainda as orientações principiológicas contidas no art. 8º da CF.

A negociação coletiva é uma ferramenta capaz de dar novo direcionamento normativo aos aspectos ainda não regulamentados suficientemente entre dados e trabalho segundo a Lei n. 13.709/2018. Negociação coletiva é o meio pelo qual se podem equilibrar necessidades e interesses de trabalhadores e empresas, esclarecendo condições de trabalho adequadas para a proteção de dados da pessoa natural do trabalhador em distintas realidades setoriais. Como ferramenta de diálogo, as negociações coletivas (acordos ou convenções coletivas) podem estabelecer cláusulas, direitos, obrigações, condutas, práticas, entendimentos em todas as fases do desenvolvimento do vínculo laboral, entre outros ajustes de interesses e comportamentos entabulados entre empresas e trabalhadores,

16 OIT – Declaração do centenário. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_706928.pdf.

notadamente num momento como este, de revisão do conceito de privacidade na sociedade informacional, com especiais repercussões nas relações laborais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos. A proteção de dados no contrato de trabalho. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 6, p. 655-661, jun. 2018.

ARAÚJO, Adriane Reis de. A proteção da informação envolvendo empregados e suas dimensões no Direito do Trabalho. In: MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: RT, 2020.

ASENCIO, Antonio José Valverde. Protección de datos de carácter personal y derechos de información de los representantes de los trabajadores. In: *Temas laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, n. 118, 2013, p. 13-54.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; CUNHA, Leonardo Stocker Pereira da. Proteção de dados pessoais e consentimento do empregado: jurisprudência trabalhista e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). In: BARZOTTO, Luciane Cardoso; DORNELLES, Leandro Dornelles de. (orgs.) *Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança*. Editora da UFRGS: Porto Alegre, 2020.

BIANCH, Alexandra Cristina Cypriano. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/a-lei-geral-de-protECAo-de-dados-pessoais-e-as-relacoes-sindicaais/>.

BIONI, Bruno Ricardo. *Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BLUM, Renato Opice; LÓPEZ, Nuria. Lei Geral de Proteção de Dados no setor público: transparência e fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, v. 21, n. 53, p. 171-177, jan./mar. 2020. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/142294/lei_geral_protECAo_blum.pdf.

BOLETIM DE TRABALHO E EMPREGO DE PORTUGAL. Disponível em: http://bte.gep.msess.gov.pt/completos/2021/bte2_2021.pdf.

BOMFIM, Vólia; PINHEIRO, Yuri. A lei geral de proteção de dados e seus impactos nas relações de trabalho. In: MIZIARA, Raphael;

MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: RT, 2020.

CALCINI, Ricardo. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/pratica-trabalhista-impactos-lgpd-relacoes-trabalho>.

CARLOTO, Selma. *Lei Geral de Proteção de Dados: enfoque nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2020.

CORREIA, Henrique; BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci. *Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e o direito do trabalho*. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/09/25/lei-geral-de-protecao-de-dados-lgpd-e-o-direito-trabalho/>.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais: elementos da formação da Lei Geral de proteção de dados*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019.

FERNANDEZ, Leandro. *É possível negociação coletiva sobre dados pessoais?* Palestra no Youtube <https://www.youtube.com/watch?v=x2eoVzpXYBw&t=24408s>.

GRANJA, Tatiana de Almeida. O desafio da proteção aos dados pessoais do trabalhador: breve exame do poder patronal. *Direito & TI*. 2016. Disponível em: <http://direitoeti.com.br/artigos/o-desafio-da-protecao-aos-dados-pessoais-do-trabalhador-breve-exame-do-poder-patronal>. Acesso em: 23 mar. 2021.

GULARTE, Caroline de Melo Lima. *A proteção de dados pessoais no uso de tecnologia na relação de emprego: efeitos do compliance trabalhista nas negociações coletivas*. Dissertação de Mestrado PUCRS, 2020.

GUNTHER, L. E.; COMAR, R. T.; RODRIGUES, L. E. A proteção e o tratamento dos dados pessoais sensíveis na era digital e o direito à privacidade: os limites da intervenção do estado. Curitiba, 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3972>. Acesso em: 27 out. 2020.

ILO. Protection of workers' personal data. An ILO code of practice. Geneva, International Labour Office, 1997 /Code of practice/, /text/, /privacy/, /confidentiality/, /data protection/, /workers' rights/. 04.02.2 ISBN 92-2-110329-3. Disponível em: Acesso em: 19 mar. 2021.

LIMA, Fabrício. A autodeterminação informativa e os limites do poder fiscalizatório do empregador. In: MIZIARA, Raphael; MOLLICONE, Bianca; PESSOA, André. *Reflexos da LGPD no direito e no processo do trabalho*. São Paulo: RT, 2020.

LIMBERGER, Têmis. *Cibertransparência – informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MENDES, Laura Schertel; MATTIUZZO, Marcela; FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Discriminação algorítmica à luz da Lei Geral de Proteção de Dados. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo; DONEDA, Danilo; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coord.). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 421-446.

MENKE, Fabiano e GOULART, Guilherme Damásio. Segurança da informação e vazamento de dados. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo, DONEDA, Danilo; RODRIGUES JR, Otávio Luiz (coord.). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JUNIOR, Vicente Vasconcelos. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. *Direito Unifacs: debate virtual*, Salvador, n. 239, p. 1-42, maio 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6744/4066>.

REIS, Beatriz de Felipe. *O direito fundamental à proteção de dados pessoais e sensíveis do trabalhador frente às novas tecnologias da informação e comunicação*. 176 f. 2019. - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2019. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/7469>. Acesso em: 27 out. 2020.

ROSSETO, Geralda Magela de Faria; QUINAN, Paulo Gustavo Magella de Faria. Verbete LGPD- Lei Geral de Proteção de Dados. In: BARZOTTO, Luciane Cardoso; FITA, Fernando; FREDIANI, Yone; NAHAS, Thereza (coords.) *Direito do Trabalho, tecnologia, fraternidade e OIT: compilação de verbetes*. São Paulo: RT Editora (Thomson Reuters), 2020. p. 210-211.

SANKIEVICZ, Alexandre; PINHEIRO, Guilherme Pereira. Aspectos da proteção de dados nas relações de trabalho. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo; DONEDA, Danilo; RODRIGUES JÚNIOR Otávio Luiz (coord.). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 421-446.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; FERNANDES, Marcia Santana; RUARO, Regina Linden. A proteção de dados no setor de saúde em face do sistema normativo brasileiro atual. In: MENDES, Laura Schertel; SARLET, Ingo; DONEDA, Danilo; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz (coord.). *Tratado de Proteção de Dados*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

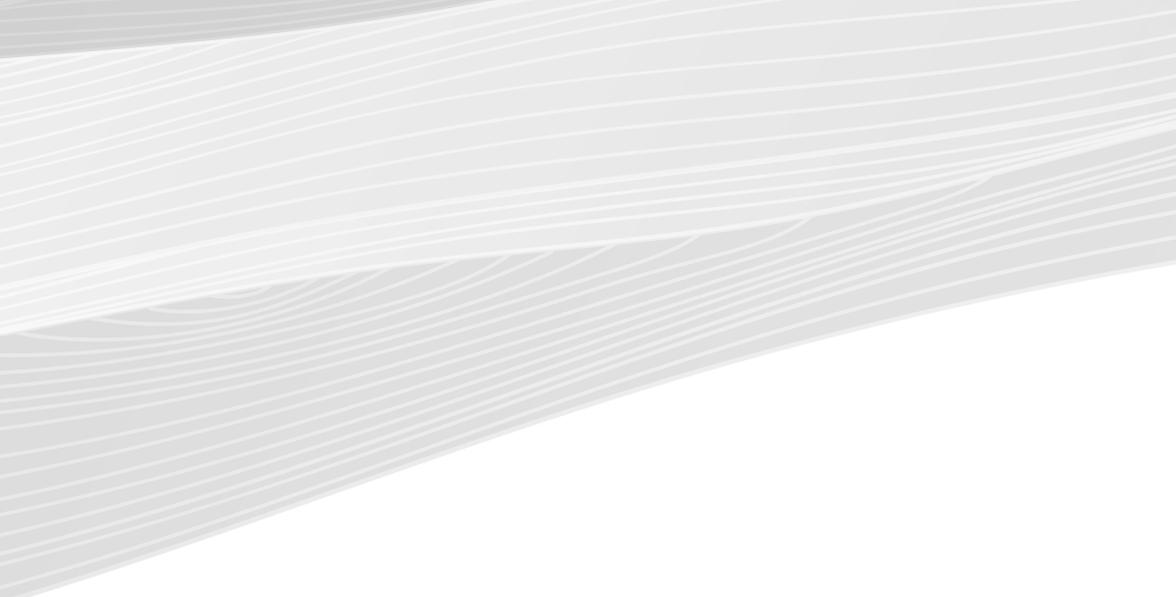
SIGNES, Adrián Todolí. La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales "big data", creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos. Valencia: *Revista de Derecho Social*, n. 84, 2018, p. 69-88.

SZINVELSKI, Mártin M; LIMBERGER, Têmis; SALDANHA, Jânia. Transnacionalização e selos de qualidade em proteção de dados: um novo campo de estudo na era digital. *Revista dos Tribunais*, v. 109, n. 1020, p. 143-162, out. 2020.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (coord.). *Lei geral de proteção de dados pessoais: e suas repercussões no direito brasileiro*. 2. tir. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

UGUINA, Jesús R. Mercader *et al.* El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos. *Revista de Información Laboral*. n. 6, 2018, parte Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor.

ZUBOFF, Shoshana. Big Other: capitalismo de vigilância e perspectivas para uma civilização de informação. In: *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*. Tradução de Heloísa Cardoso Mourão. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2018.



LUCIANO MARTINEZ

Juiz do Trabalho do TRT da 5ª Região. Professor Associado I de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Titular da Cadeira n. 52 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

OS LIMITES PARA O EXERCÍCIO DA AUTONOMIA COLETIVA SINDICAL: UMA ANÁLISE DAS FRONTEIRAS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

Sumário: 1 Introdução. 2 O dever estatal de evitar intervenções capazes de turbar a força catalisadora da liberdade sindical. 3 O dever de não intercessão e a sua mitigação pelo dever de proteção e de promoção. 4 A proteção do direito fundamental à liberdade sindical em face de suas restrições: os confins da intervenção na autonomia coletiva sindical. 5 As fronteiras da negociação coletiva: uma análise à luz dos arts. 611-A e 611-B da CLT. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Entre os séculos XVIII e XIX, os princípios liberais imperantes obrigavam cada operário a negociar em separado com o seu tomador de serviços. O resultado disso era um regime de imensa exploração daqueles que se viam constrictos a alienar sua força laboral até o extremo das suas energias. Nesse contexto, alentados pelas ideologias questionadoras do sistema capitalista, e incitados por seus próprios instintos, os trabalhadores tiveram de "reunir cabeças" "contra a serpente de seus martírios",¹ justamente para equilibrar, pela força do número, o maior poder que os patrões manifestavam no plano individual.

A ação coletiva e sistematizada daqueles que se reuniam para discutir melhorias na prestação do trabalho retirou o Estado do seu torpor e o compeliu a criar normas garantidoras de direitos mínimos, limitadoras dos excessos praticados em nome da autonomia contratual. Em busca de vantagens adicionais, entretanto, o movimento sindicalista orientou protestos e greves. Travaram-se

1 MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

choques violentos entre massas operárias e forças policiais movimentadas pela classe capitalista.

Como forma de contemporizar o conflito, ocorriam negociações coletivas, e, em decorrência delas, formavam-se contratos coletivos, que ofereciam padrões mais vantajosos do que aqueles contidos nas leis, embora restritos aos integrantes de determinadas categorias.

As conquistas contratuais coletivas de alguns segmentos profissionais transformavam-se em exemplo a ser seguido por outros grupos não contemplados. Novas pressões eram dirigidas contra os poderes públicos para que estes generalizassem as vantagens mediante a sua atuação legislativa.

O negociado tornava-se modelo para o que deveria ser legislado, e o que era legislado adquiria o status de direito mínimo, justificando a busca de novas e mais expressivas vantagens, e assim sucessivamente, num ciclo virtuoso e próspero, fruto da expressiva força e empenho das organizações sindicais, que assumiam com denodo o importante direito-função de defender os trabalhadores e de empreender melhorias em suas condições de vida social.

Esse pequeno introito torna evidentes as razões em virtude das quais os direitos de liberdade sindical têm sofrido oposições de toda espécie. Eles, afinal, impelem o progresso social dos trabalhadores, despertam a consciência de luta por níveis de vida mais elevados, contribuem decisivamente para o avanço de outros tantos direitos humanos e, ao transcender o puro âmbito laboral, operam em esferas mais amplas de cidadania e de distribuição de poder. Isso, evidentemente, interessa a muitos, mas não a todos.

2 O DEVER ESTATAL DE EVITAR INTERVENÇÕES CAPAZES DE TURBAR A FORÇA CATALISADORA DA LIBERDADE SINDICAL

As resistências apresentadas aos direitos de liberdade sindical vêm de toda parte. O Estado é o seu primeiro e natural opositor, uma vez que, ao admiti-los, permite, entre outras variáveis do seu complexo conteúdo, que um organismo coletivo se forme entre ele e os seus súditos com a potencial capacidade de transformar-se em "vetor de oposição".²

2 ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

Ao admitir essa formação, especialmente num campo tão delicado quanto o das relações laborais, o Poder Público pode estar legitimando insurreições contra si mesmo e atraindo a missão de lidar com elas. Por isso, não raramente o mesmo Estado que reconhece o associativismo sindical (quando o reconhece) é aquele que pode estar violando direitos daí decorrentes, seja porque, de fato, pretende ilegalmente refreá-los, seja porque, em situações específicas e até justificáveis, visa coibir a licenciosidade dos seus sujeitos.

Diante disso, *é inexorável a conclusão de que se devem evitar intervenções capazes de turbar a mencionada força catalisadora da liberdade sindical.* "Evitar intervenções", porém, não é exatamente o mesmo que impedir absolutamente as suas ocorrências.

Há, afinal, situações em que é necessário intervir, notadamente para preservar o interesse público, porque nenhuma liberdade pode estender suas fronteiras além e acima da soberania do Estado, que, em última análise, é o ente representativo de uma coletividade maior, da qual todos, inclusive os próprios sindicatos e seus representados, fazem parte. É significativo, portanto, o seguinte trecho da doutrina de Segadas Vianna,³ que, em vetusta obra, analisa a questão sob a óptica pessoal de quem, por mais de meio século, se dedicou à vida sindical:

Confunde-se liberdade sindical com soberania de um grupo dentro do Estado e, outras vezes em nome da soberania do Estado, nega-se aquela liberdade por perigosa às instituições.

Com mais de meio século de vida sindical, conhecendo o valor da liberdade de associação e o perigo da liberdade sem limitações, procuramos situar-nos num termo de equilíbrio ao analisar o problema. Porque a liberdade sem freios, a espontaneidade sem limites na criação e na ação de grupos, torna-se um perigo; sociedade sem leis e sem limitações não é sociedade, é populacho. Porque o direito de legislar e limitar liberdades não pode, por outro lado, ir além da noção de que acorrentá-los à vontade do Estado ou dos governantes é ultrajar as finalidades do sindicalismo e a dignidade do trabalhador.

Mas onde começa e onde termina a liberdade sindical?

Seus limites máximos estão na soberania do Estado, porque, sem dúvida, os moldes da anarquia são tão grandes que se reconhece

3 SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 2, p. 1001-1002.

que é preferível existirem normas comuns de algum tipo a que não existam normas de qualquer espécie.

Sim, cabe intervir na liberdade sindical, quando isso se faça necessário à proteção de valores jurídicos igualmente tutelados pela norma constitucional.

A despeito da ideia que se pode produzir a partir da leitura superficial do art. 8º, I, da Constituição da República, segundo a qual "é livre a associação profissional ou sindical, [...] vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical", o próprio texto fundamental, numa análise sistemática, garante a possibilidade de intervenção do Judiciário em qualquer situação na qual se afirme existente lesão ou ameaça a direito. Basta ler o comando contido no seu art. 5º, XXXV, e lembrar que a Constituição não se interpreta em tiras.

Nesse instante, é importante anotar, sob o ponto de vista semântico-descritivo, que o *Poder Judiciário* intervém, mas não interfere. Afirma-se isso porque, embora ambos sejam entendidos como atos de intercessão, deve-se conceber a "intervenção" como assunção de comando (parcial ou total) mediante interposição de autoridade, quando se faz necessária a correção de conduta para colocá-la dentro de limites exigidos pelo próprio Direito; e a "interferência" como ato produtor de ruídos ou obstáculos para o alcance de determinado fim.

Na "interferência" o agente atua desautorizadamente com a intenção de influir negativamente no desenvolvimento e, conseqüentemente, no desfecho de alguma atividade. Ele atrapalha o alcance de determinado fim, não havendo nesse agir nada de legítimo.

Na "intervenção", por outro lado, desde que autorizada e legitimada pelo Direito, o interventor corrige rotas, sendo exatamente isso que dele se espera. Aliás, a intervenção desautorizada e ilegítima não mais é do que um ato de interferência qualificado pelo abuso de poder.

Assim, é correto afirmar-se que a ninguém é dado atuar de forma interferente na atividade sindical de modo a desautorizadamente produzir-lhe estorvos ou embaraços, embora ao Poder Judiciário seja permitido atuar de forma interventiva para, autorizadamente, corrigir eventuais desvios de rota. Por isso é que aqui se estuda o princípio segundo o qual cabe ao *Estado intervir minimamente no espaço de autorregulação reservado às entidades sindicais.*

O tema voltou a ser abordado com maior intensidade a partir do instante em que o princípio ora em estudo passou a ser referido expressamente no texto da Lei n. 13.467, de 2017, com o objetivo de chamar a atenção dos magistrados para a mínima intervenção que deles se esperaria em relação ao controle do conteúdo dos instrumentos coletivos negociados. Perceba-se:

Art. 8º [...]

§ 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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (NR)

[...]

Art. 611-A. [...]

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

O § 3º do art. 8º do referido diploma legal chega aos píncaros de sugerir 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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)", como se a magistratura pudesse limitar a sua atividade a aspectos elementares de qualquer negócio. O autor deste artigo já se manifestou sobre o assunto em obra dedicada à análise da Reforma Trabalhista. Veja-se:

Esse dispositivo subestima a missão institucional dos magistrados e arvora-se a fronteira de atuação jurisdicional. Como se pode impor que a Justiça do Trabalho analise "exclusivamente" a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico? Obviamente o magistrado tem a liberdade de ir além na defesa dos postulados constitucionais, ainda que se valha do argumento de que, para tal análise, cabe-lhe dizer se há ou não licitude no objeto do contrato.

Como admitir, por exemplo, a validade de um instrumento coletivo negociado que limite o acesso ao próprio Judiciário? Como

aceitar uma convenção ou acordo coletivo que, no transcurso da negociação coletiva, desprestige o direito fundamental à proteção à maternidade?

Pode-se até falar no respeito ao “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, pois, de fato, o magistrado não deve impedir o lícito desejar dos contratantes coletivos, mas, em nome disso, não pode, sob esse pretexto, fechar os olhos para violações aos direitos fundamentais ou ainda aos direitos de terceiros.⁴

Reitere-se: “intervir minimamente” não significa “jamais intervir”, mas interceder o mínimo possível e suficiente, e sempre no sentido de promover e proteger as potencialidades da liberdade sindical, especialmente a autonomia da vontade coletiva dos entes sindicais, garantindo-se os direitos mínimos já conquistados e, por isso, absolutamente infensos à negociação.

Como já se disse alhures, ao tratar do princípio da interveniência mínima na autonomia da vontade coletiva: “intervir minimamente” não significa que o magistrado, uma vez chamado a corrigir iniquidades, as admita e foque o seu controle unicamente nos requisitos formais. Cabe-lhe, até mesmo no âmbito da verificação da “conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico” — e no amplo espectro de sindicabilidade admitido pelo próprio art. 104 do Código Civil —, declarar a invalidade de toda cláusula cujo objeto seja ilícito ou juridicamente impossível.

3 O DEVER DE NÃO INTERCESSÃO E A SUA MITIGAÇÃO PELO DEVER DE PROTEÇÃO E DE PROMOÇÃO

Inicialmente é importante anotar que os direitos fundamentais não se encontram na esfera da disponibilidade dos Poderes Públicos. Em qualquer caso e em qualquer circunstância, como bem esclareceu Jorge Miranda,⁵ qualquer ato de Poder Público deve tomá-las “como fundamento e como referência” e, além desses lindes, deve tender a conferir-lhes a máxima eficácia possível, observadas, é

4 MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 27-28.

5 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2008. t. IV, p. 298.

claro, as particularidades que dizem respeito ao exercício de cada um dos poderes estatais.

Os juízes e tribunais, tendo em conta a competência própria para o controle da constitucionalidade das leis, podem e devem aplicar os preceitos legislativos conforme a Constituição ou, em determinadas situações, apenas a própria Constituição para afastar a incidência de normas que com ela colidam. Cabe-lhes, nas sábias palavras de Vieira de Andrade,⁶ a reavaliação do juízo do legislador e, na hipótese de conclusão quanto à não recepção ou à inconstitucionalidade da lei ordinária, o “poder de desaplicação” dessa norma.

Nesse caso, na lição do referido mestre português, os juízes devem decidir “como se essa lei não existisse, aplicando diretamente, em vez dela, os preceitos constitucionais, devidamente interpretados e concretizados”.

A vinculação dos tribunais aos preceitos sobre direitos fundamentais, a propósito, traduz-se mesmo na expectativa de que eles efetivamente interpretem, integrem e apliquem os referidos direitos de modo a conferir-lhes a máxima eficácia possível dentro de um sistema jurídico. É a faceta positiva da vinculação dos integrantes do Poder Judiciário que complementa a faceta negativa de não aplicabilidade dos preceitos legais que desrespeitem os direitos fundamentais.

Os juízes e tribunais têm o poder-dever de dizer o direito de acordo com a Carta e de interpretar cada disposição infraconstitucional de modo que ela se integre perfeitamente à sistemática constitucional. Essa missão toma elevadas proporções no âmbito da liberdade sindical porque a principal norma jurídica infraconstitucional que regula esse direito defensivo e suas variáveis no Brasil é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), um diploma produzido segundo o pensamento social, econômico e jurídico das primeiras décadas do século XX e que, inegavelmente, tem infundido um espírito corporativista que não mais se adapta à leitura democrática atual.

Para além do poder-dever de dizer o direito de acordo com a Carta e de interpretar cada disposição infraconstitucional de modo integrativo-constitucional, o julgador assume também um papel

6 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 199.

promocional nos processos de difusão de consciência coletiva e social. Vê-se, assim, como bem fez Rodolfo Mancuso,⁷ que

[...] as decisões judiciais tendem a se libertar do confinamento nos autos em que foram proferidas para projetar reflexos ao exterior, em face de outros jurisdicionados, e principalmente perante os demais Poderes do Estado, numa força coercitiva mais ou menos ampla, que sob esse aspecto vai aproximando os produtos legislativo e judiciário.

Situações como esta trazem para o processo e para o magistrado discussões sobre o controle das políticas públicas e revelam que o Judiciário pode estar fortalecendo o conceito de cidadania. Canotilho⁸ compartilha essa ideia, ao opinar no sentido de que

[...] o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência direta no exercício das decisões dos poderes públicos que afetam ou podem afetar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efetiva auto-determinação no desenvolvimento da sua personalidade.

Os legisladores, aqui entendidos todos os que produzem atos normativos com força jurídico-pública (atos de emenda constitucional, lei complementar, lei ordinária, regulamento, acordo coletivo, convenção coletiva etc.), estão também vinculados aos direitos fundamentais, mas sob lógica de iniciativa diferente daquela que submete os magistrados. Enquanto estes dependem da provocação do jurisdicionado para controlar a constitucionalidade das normas que dão fundamento jurídico às suas decisões, os legisladores têm liberdade de iniciativa e, por força dela, criam novas normas para preencher espaços legislativos vazios ou para revogar normas anteriores.

Tirante esse aspecto correspondente à disposição dos órgãos com função judicante e legiferante, há identidade entre eles no tocante à conformação aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais.

7 MANCUSO, Rodolfo Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édís. *Ação civil pública — Lei 7.347/1985 — reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 707-751.

8 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 73.

Para o legislador, tal qual para o julgador, existe uma dupla limitação material. De um lado, fala-se na proibição de edição de atos legislativos que afrontem as normas de direitos fundamentais (limitação negativa); de outro, refere-se a um dever de realização ou de aperfeiçoamento da legislação existente (limitação positiva).

Os órgãos administrativos vivem a situação mais complexa em virtude da sujeição especial da atividade administrativa ao princípio da estrita legalidade e da ausência de uma competência específica para realizar controle de constitucionalidade.

Não se pode esperar que o administrador público considere, ele próprio, por sua pessoal cognição e vontade, uma lei inconstitucional, salvo em casos extremos, a exemplo das situações em que a aplicação da lei signifique a prática de um crime (é importante lembrar que existem na Constituição alguns mandados expressos de criminalização) ou em que as leis violem escancaradamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Exceto nessas hipóteses, cabe ao agente público, na maioria das vezes, diante da responsabilidade pela juridicidade de sua atuação, em vez da inaplicabilidade do texto legal que lhe pareça inconstitucional, a suspensão da atividade de aplicação da norma supostamente contrária à Constituição e a imediata provocação da autoridade judiciária competente, como sugere Vieira de Andrade, na p. 201 da obra referenciada.

Partindo de um polo a outro, e a despeito das polêmicas que ainda rondam o tema, a dimensão objetiva do direito fundamental à liberdade sindical tem como um dos efeitos mais expressivos o que permite a sua irradiação sobre os particulares.

Não há, enfim, maiores dificuldades no reconhecimento de que, por exemplo, a vedação de interferência e de intervenção do Poder Público na organização sindical (art. 8º, I, da Carta) também se estende aos particulares, especialmente aos empregadores e às associações patronais que amiúde violentam a autonomia organizacional e acional das entidades sindicais obreiras.

Há também um consenso jurisprudencial no sentido de que a norma contida no art. 8º, V, da CF/88, segundo a qual "ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato", é aplicável com

muito mais intensidade em relação às próprias entidades sindicais, patronais ou operárias do que contra o Estado.

Não há dúvidas de que algumas das mais expressivas condutas antissindicais praticadas por particulares estão associadas a esse dispositivo, entre as quais podem ser mencionadas a imposição de cláusulas de segurança sindical e a exigibilidade de aportes financeiros de quem não se filiou à entidade que realiza a cobrança.

Quem, afinal, pode negar que se dirigem especialmente aos particulares — apenas citando algumas passagens expressivas — as normas constitucionais: I) que atribuem ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria (art. 8º, III); II) que impõem a participação dos sindicatos operários nas negociações coletivas de trabalho; III) que garantem ao aposentado filiado o direito de votar e de ser votado nas organizações sindicais (art. 8º, VII); IV) que vedam a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei?

Outro exemplo claro e pungente de norma fundamental que vincula os particulares, e não apenas o Estado, diz respeito ao direito de greve.

Ao declarar “assegurado o direito de greve” e ao atribuir aos trabalhadores a decisão sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender, o legislador constitucional incorporou no ordenamento jurídico interno a mais clássica das formas residuais de autotutela e admitiu a irradiação de seus efeitos não apenas em face dos particulares singularmente considerados (empregadores, para quem se atribuíram deveres de contenção), mas também em face de toda a comunidade, haja vista a admissão do seu exercício, ainda que limitado pelo legislador infraconstitucional, em relação aos até então imunes serviços ou atividades essenciais.

A vinculação dos particulares em matéria de direitos da liberdade sindical merece uma menção particularizada à sua exigibilidade nos processos legislativos privados. Refere-se, aqui, não apenas ao processo produtivo de atos normativos com força jurídico-pública expressamente reconhecida pelo texto constitucional (art. 7º, VI, XIII, XIV, e art. 8º, VI, da Carta), como é o caso dos acordos coletivos e das convenções coletivas de trabalho, mas também ao processo de confecção de instrumentos sem força normativa, mas que têm, por conta da

autonomia individual privada, *status* de fonte autônoma de direitos e deveres, como, por exemplo, estatutos, regulamentos e contratos.

Quem, enfim, pode negar que esses atos jurídicos estão submetidos ao dever de conformação aos parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais? Há, portanto, sempre uma mínima intervenção na autonomia coletiva da vontade.

Nesses termos, pode-se afirmar, sem maiores resistências, que o direito fundamental à liberdade sindical irradia a sua eficácia sobre os processos legislativos privados e motiva efeito nulificante de disposições que, por exemplo, restrinjam ou turvem, por via contratual, o direito: I) de o trabalhador filiar-se a uma determinada entidade sindical ou de participar dela ativamente; II) de o trabalhador não se filiar a uma determinada entidade sindical; III) de o trabalhador ter acesso, em condições de igualdade, a todas as vantagens egressas do contrato de emprego; IV) de as entidades sindicais participarem dos processos decisórios que envolvam interesses laborais de natureza transindividual, entre outras igualmente importantes.

4 A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE SINDICAL EM FACE DE SUAS RESTRIÇÕES: OS CONFINES DA INTERVENÇÃO NA AUTONOMIA COLETIVA SINDICAL

Entende-se por conteúdo essencial de um direito fundamental o seu núcleo substancial, em certa medida irrestringível, com a perda do qual se desnatura ou fenece. Trata-se de uma categoria central da dogmática jurídico-constitucional que tem o objetivo de identificar o último espaço de proteção contra as leis e medidas intensamente restritivas em nome do qual se justificará qualquer ato de intervenção garantidora.

Violar o conteúdo essencial de um direito, então, implica torná-lo vazio, com pouca ou nenhuma efetividade. Desse modo, como bem disse Ingo Sarlet,⁹ "a garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental".

9 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 402.

É, entretanto, complicada a tarefa de determinar a essência dos referidos direitos. As dificuldades começam pelo enfoque a partir do qual ele será abordado (enfoque objetivo ou subjetivo) e culminam com a tentativa de estabelecimento de um valor ou medida para o seu conteúdo.

No tocante ao estabelecimento de valor ou medida, há os que se filiam à teoria absoluta, segundo a qual o conteúdo essencial dos direitos fundamentais teria fronteiras fixas que não poderiam ser ultrapassadas. Virgílio Afonso da Silva,¹⁰ entretanto, chama a atenção para o fato de que muitos entre os filiados a essa teoria se esforçam em sublinhar que "absoluto" não é sinônimo de "imutável" e que, em virtude disso, poder-se-ia falar numa variável dinâmica, caracterizada pela aceitação de um conteúdo essencial que, apesar de não sofrer relativizações de acordo com urgências e contingências, seria modificável com o passar dos tempos.

Em contraposição, há os que se filiam à teoria relativa. O ponto central desta, também segundo Virgílio Afonso da Silva, na mesma obra, p. 196 — na condição de um dos seus mais fervorosos defensores —, funda-se "na rejeição de um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori*". Consoante o mencionado professor, para os relativistas "a definição do que é essencial — e, portanto, a ser protegido — depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto".

A teoria relativista, assim, parece adaptar-se bem às casuísticas da liberdade sindical, uma vez que seu conteúdo — integrado naturalmente por tantos quantos sejam os direitos e faculdades capazes de identificar ou de fazer reconhecível o seu exercício¹¹ — vale na justa medida em que não lhe seja contraposto um interesse de maior valor.

A definição do que é essencial à liberdade sindical depende, por isso, das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, significando, especialmente, que a sua substância nem sempre será a mesma.

10 SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 188.

11 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho sindical español*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991, p. 113.

A liberdade sindical com seus conteúdos móveis — ora extensíveis, ora restringíveis — adapta-se a cada situação concreta e insere-se, claramente, num contexto que conjuga conteúdo essencial e proporcionalidade.

Diz-se, por isso, que o conteúdo essencial da liberdade sindical restará desprezado quando a medula do seu direito, sem a devida fundamentação constitucional, for submetida a limitações desproporcionais que, em rigor e em última análise, o tornem impraticável, dificultando-o além dos limites do razoável ou despojando-o da necessária proteção.

Assim, tal qual destacou o Tribunal Constitucional espanhol na STC 11-1981: *"se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección"*.¹²

Não há como o Judiciário deixar de intervir nos direitos de liberdade sindical quando, em seu nome, for comprimido outro direito igualmente fundamental ou for desprezada a plataforma mínima civilizatória. O magistrado, a despeito da redação constante do § 3º do art. 8º da CLT reformada, pode e deve realizar os controles de constitucionalidade e de convencionalidade das negociações coletivas nas situações em que for invocado a tanto.

Será, portanto, antijurídico o comportamento negocial coletivo que vise aniquilar a intangível base de direitos essenciais construída historicamente pelos trabalhadores.

5 AS FRONTEIRAS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: UMA ANÁLISE À LUZ DOS ARTS. 611-A E 611-B DA CLT

Certo de que o Poder Judiciário pode intervir no exercício da autonomia coletiva sindical, embora em dimensões mínimas, conforme anotado em tópicos anteriores, é importante traçar as cinco fronteiras da negociação coletiva do trabalho para dizer que ela:

a. *Somente pode abranger matérias trabalhistas*

Não há, portanto, falar-se em validade de negociação coletiva do trabalho que cuide de assunto atinente a outros grupos intermediários

12 Texto disponível em: http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_011_1981.pdf.

de pressão, a exemplo dos partidos políticos, das entidades religiosas ou da família. Imagine-se o despautério de uma norma coletiva que criasse cláusula com disposições sobre o controle de natalidade das famílias dos integrantes das categorias representadas ou o posicionamento político de qualquer um deles. A impertinência saltaria aos olhos, ficando evidente, portanto, que o primeiro limite ao exercício da autonomia coletiva sindical é, realmente, de natureza material. O "assunto tratado", ou seja, a *matéria objeto de discussão*, deve ser essencialmente trabalhista, envolvendo apenas interesses atinentes ao trabalho, à produção e aos assuntos que direta ou indiretamente se refiram a esses vetores.

b. Somente pode dizer respeito a direitos transindividuais

A negociação coletiva de trabalho tem por objeto interesses transindividuais dos integrantes da categoria por ela envolvida, jamais podendo atingir, sem que existam motivações socialmente relevantes, interesses individuais de sujeitos singularmente considerados. Nesse sentido, não haveria razão jurídica em um acordo coletivo seletivamente prever a diminuição do salário-base de um determinado empregado da empresa, e não a diminuição proporcional de todos os salários-base de todos os empregados de uma determinada empresa.

c. Não pode infringir os direitos fundamentais assegurados ao trabalhador na qualidade de cidadão

Mais uma fronteira a considerar é aquela segundo a qual a negociação coletiva não pode infringir direitos fundamentais do trabalhador enquanto cidadão. Nesse âmbito, pode-se afirmar como impossíveis juridicamente as normas coletivas que restrinjam o acesso ao Judiciário, que violem o direito à igualdade de tratamento, que prejudiquem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada ou, ainda, entre outras tantas, que vilipendiam a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem do trabalhador.

d. Não pode violar os direitos laborais mínimos protegidos por lei

Essa talvez seja a mais conhecida e também a mais violada das fronteiras da negociação coletiva do trabalho, especialmente por conta do disposto no art. 611-A da CLT, segundo o qual "a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei" em algumas situações ali mencionadas.

É importante dizer que o referido dispositivo apenas enuncia algumas situações em que legitimamente é possível fazer o negociado prevalecer sobre o legislado, sem, obviamente, generalizar essa interpretação. Para bem delimitar esses confins é necessária a realização de uma sistematização:

Em primeiro lugar, é relevante deixar anotado que a negociação coletiva não pode violar (1) norma legal proibitiva, tampouco o que o legislador constituinte identificou como (2) núcleo mínimo civilizatório.

Assim, se houver discussão entre o conteúdo de um instrumento coletivo negociado e o de uma lei proibitiva, há de prevalecer o comando contido nesta. Ilustrativamente, tome-se um exemplo fundado no dispositivo constante do *caput* do art. 390 da CLT, segundo o qual "ao empregador é vedado empregar a mulher em serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 (vinte) quilos para o trabalho contínuo, ou 25 (vinte e cinco) quilos para o trabalho ocasional". Pois bem. Esse dispositivo não permite que o empregador se valia da autonomia privada para dispor de forma diferente daquela contida no dispositivo legal, pois é proibida conduta que não esteja inserida nos contornos da referida norma. Exatamente por isso é que o art. 611-B, XVII, da CLT considerou fora dos limites da negociação as "normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho". Essas normas estabelecem restrições ou proibições para reduzir os riscos inerentes ao trabalho. Logo, são inegociáveis.

Igualmente, e até por mais forte razão, jamais prevalecerá a negociação coletiva que vise eliminar o conteúdo essencial do chamado núcleo mínimo civilizatório. Afirma-se com isso que a norma coletiva nunca poderá eliminar um direito previsto na Constituição, sendo possível, no máximo, dispor sobre a sua forma de pagamento caso não exista vedação, no particular. Exemplo disso é visível no caso do décimo terceiro salário. Não se pode negociar coletivamente para eliminar o instituto "décimo terceiro salário", pois alçado à condição de núcleo mínimo civilizatório em favor de quem presta trabalho por conta alheia, mas nada impede que se desenvolva negociação coletiva tendente a sistematizar o pagamento de forma parcelada, por exemplo.

Em ambas as hipóteses — normas proibitivas e núcleo mínimo civilizatório — há indisponibilidade absoluta, pois o objetivo é proteger o trabalhador contra suas próprias fraquezas, ainda que ele

esteja acompanhado da entidade sindical na tentativa de realização do ato negocial.

Em *segundo lugar*, a negociação coletiva, nos demais casos, somente poderá prevalecer nas situações em que a própria norma legal preveja essa prevalência. Assim, a negociação coletiva preponderará sobre a lei em relação aos objetos que a própria lei admitir, tirante desse âmbito, como já se disse, tudo o que a Constituição escudou.

Assim, com base no art. 611-A da CLT, admite-se a negociação coletiva, observadas as ressalvas já apresentadas sobre as diferentes matérias no transcurso desta obra, sobre jornada de trabalho, banco de horas anual, intervalo intrajornada, adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), plano de cargos e salários, regulamento empresarial; representante dos trabalhadores no local de trabalho, teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente, remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; modalidade de registro de jornada de trabalho, troca do dia de feriado, enquadramento do grau de insalubridade, prorrogação de jornada em ambientes insalubres, prêmios de incentivo e participação nos lucros ou resultados da empresa, entre outras matérias.

Haverá nesses casos uma *indisponibilidade relativa*, pois, para tornar válida a modulação daquilo que a lei disciplinou, será necessária a presença da entidade sindical, inclusive em respeito ao quanto inserido no art. 7º, XXVI, da Constituição da República.

e. *Não pode macular os direitos alheios, inclusive os direitos tributários do Estado*

O princípio da relatividade do contrato funda-se no brocardo *res inter alios acta*, segundo o qual apenas os contratantes e os sujeitos por eles representados ficam obrigados a cumprir o objeto do contrato. Por conta desse princípio, os efeitos advindos dos contratos incidem somente sobre as partes e seus representados, e não sobre terceiros. O contrato, portanto, só atinge aqueles que dele participaram direta ou indiretamente. Seus efeitos não podem nem prejudicar nem aproveitar a terceiros, salvo quando expressamente em sentido diverso dispuser a lei.

Com base nessas assertivas é que a negociação coletiva encontra mais uma fronteira para as suas ações, não podendo macular

direitos alheios, notadamente os direitos tributários do Estado. Nesse ponto, é relevante a lembrança de que não raramente uma cláusula de acordo ou convenção coletiva quer dizer da natureza jurídica de determinada vantagem, e muitas vezes o faz em desacordo com o que prevê a norma tributária.

Assim, de nada adiantará que o instrumento coletivo negociado afirme ser de natureza não remuneratória uma verba que a própria lei considera como remuneratória ou vice-versa. Não será o contrato, mas a lei, que determinará se a verba referida na inicial é ou não base de incidência tributária. Se o fizer contra as disposições normativas, será considerada nula de pleno direito, conforme analogicamente se vê no disposto no art. 623 da CLT.¹³

O assunto que envolve as fronteiras da negociação coletiva sempre será polêmico. A depender do argumento levantado por quem tenha interesse em ampliar ou restringir a autonomia coletiva sindical, haverá, conseqüentemente, espaço para saudáveis discussões jurídicas. O importante é fazer com que preponderem as boas argumentações em busca do melhor interesse dos trabalhadores.

6 CONCLUSÃO

Diante do exposto, é inevitável concluir que o próprio Direito do Trabalho e a sua peculiar principiologia devem a sua existência às ações sindicais. Não é exagerado dizer que poderia até existir,

13 "CLT. [...]"

Art. 623. Será nula de pleno direito disposição de Convenção ou Acôrdo que, direta ou indiretamente, contrarie proibição ou norma disciplinadora da política econômico-financeira do Govêrno ou concernente à política salarial vigente, não produzindo quaisquer efeitos perante autoridades e repartições públicas, inclusive para fins de revisão de preços e tarifas de mercadorias e serviços (redação dada pelo Decreto-lei n. 229, de 28-2-1967).

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, a nulidade será declarada, de ofício ou mediante representação, pelo Ministro do Trabalho e Previdência Social, ou pela Justiça do Trabalho em processo submetido ao seu julgamento.

No mesmo sentido, observe-se o teor da *Súmula 375 do TST*:

REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMA COLETIVA. PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO DE POLÍTICA SALARIAL. Os reajustes salariais previstos em norma coletiva de trabalho não prevalecem frente à legislação superveniente de política salarial."

na ausência das mencionadas entidades e das pressões por elas produzidas, um ordenamento laboral apoiado somente em regras estatais, mas este seria manifestamente insuficiente, precário e instável. Sem a força catalisadora da liberdade sindical, não subsistiriam mais do que direitos essenciais, mínimos e uniformes para todos os trabalhadores.

As vantagens elementares, aliás, e nesses moldes, somente seriam conquistadas quando os operários demonstrassem ter chegado ao seu próprio limite físico. Poderia, assim, em última análise, existir "Lei do Trabalho", mas, decerto, não existiria "Direito do Trabalho" sem as importantes impulsões produzidas pelas atuações concertadas aqui em exame.

Cabe, por isso, um estímulo à atuação coletiva das entidades sindicais no tocante à produção de novas e mais vantajosas fontes normativas, sem, entretanto, deixar de considerar o respeito ao patamar civilizatório já consolidado e sem prescindir a atuação do Judiciário Trabalhista nas situações extremas nas quais o afastamento e a não intervenção possam proporcionar a violação do conteúdo essencial da liberdade sindical.

REFERÊNCIAS

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais*. Trad. Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Édis. *Ação civil pública — Lei 7.347/1985 — reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 707-751.

MARTINEZ, Luciano. *Reforma trabalhista: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. t. IV.

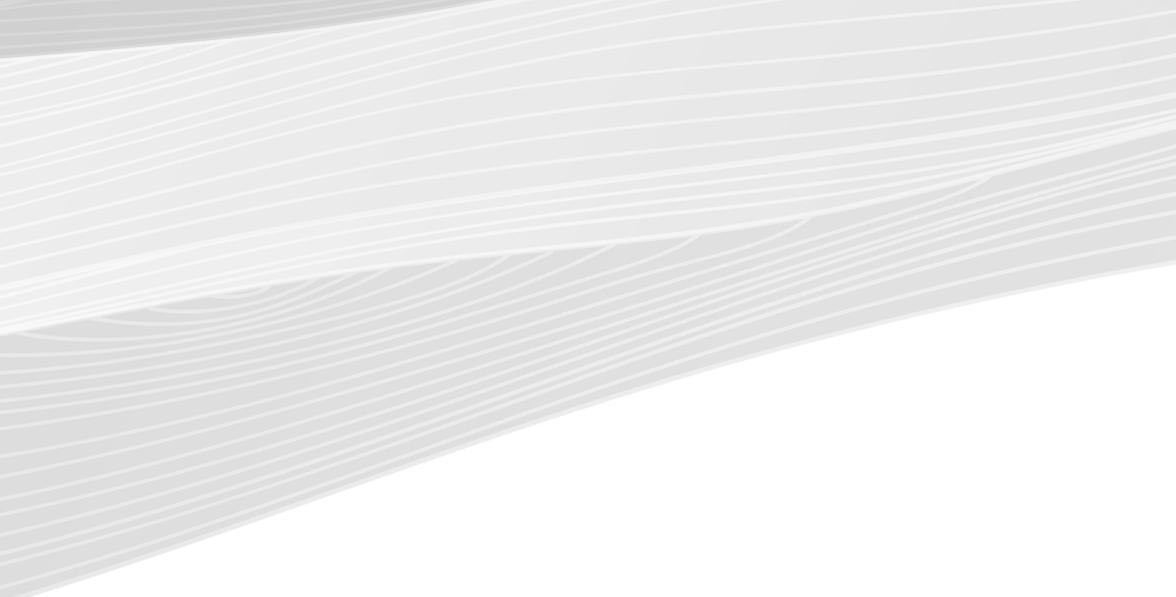
PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. *Derecho sindical español*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 12. ed. São Paulo: LTr, 1991. v. 2.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009.



MANOEL JORGE E SILVA NETO

Subprocurador-Geral do Trabalho. Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Coordenador da Assessoria Constitucional Trabalhista da Procuradoria-Geral da República (PGR).

AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA: ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E INTERDISCIPLINARES ACERCA DO TEMA N. 1.046

Sumário: 1 O Tema n. 1.046 da Lista de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal. 2 Aspectos interdisciplinares sobre o Tema n. 1.046. 3 O princípio da autonomia negocial coletiva e sua conformação constitucional. 4 A autonomia negocial coletiva, o Tema n. 1.046 e as horas *in itinere*. 5 O princípio da autonomia negocial coletiva e a suposta obrigatoriedade de contrapartida em acordo ou convenção coletiva. 6 A autonomia negocial coletiva e segurança jurídica. 7 Conclusões.

1 O TEMA N. 1.046 DA LISTA DE REPERCUSSÃO GERAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Quando do julgamento do ARE n. 1.121633/GO, relator ministro Gilmar Mendes, foi fixado o seguinte Tema de Repercussão Geral: "Validade de cláusula de norma coletiva de trabalho que reduz ou suprime o direito dos trabalhadores ao cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho, em período anterior à vigência da Lei 13.467/2017".

Logo, a questão a ser examinada neste artigo se vincula ao Tema n. 1.046 da Lista de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal, especialmente em virtude do tema-título da presente obra coletiva, cujo conteúdo se prende indissociavelmente à autonomia negocial coletiva.

2 ASPECTOS INTERDISCIPLINARES SOBRE O TEMA N. 1.046

Registre-se, inicialmente, que as questões jurídico-constitucionais quanto mais se tornam multidimensionais, maior se torna a incapacidade humana de pensar essa multidimensionalidade,

mais ainda porque, *mutatis mutandis*, "ninguém pode ser um grande economista se for somente um economista".¹

O pensamento transdisciplinar parece se converter em tarefa indeclinável do jurista comprometido com a realidade de seu tempo, sobretudo quando apto a apresentar soluções no altiplano de sociedade plural, conflituosa e democrática.

A delimitação da norma constitucional há de considerar as pré-compreensões do intérprete,² largamente conformadas também por fatores históricos, sociais e políticos, sendo a hermenêutica constitucional instruída *pela* e conformadora *da* realidade extranormativa.

Com efeito, imperativos de cariz extranormativo não de se integrar à decisão da Corte Constitucional sobre temas cujo reconhecimento da repercussão geral induza, como consequência, exame destinado a abrir ao direito as janelas da realidade circundante.

É o que se sucede com a hipótese concreta de pactuação *in pejus* ou *in mellius* de acordo ou convenção coletiva de trabalho no que toca às horas *in itinere* à luz do princípio constitucional da autonomia privada negocial coletiva.

É dado historicamente aferível a resistência nacional aos instrumentos de autocomposição de conflitos!

A História, a Antropologia, a Sociologia, a Cultura, enfim, todas as ciências humanas evidenciam, no contexto particular brasileiro, que indisputavelmente fomos forjados para resistir ao acordo direto, à franca conciliação, à negociação ponderada. O prestígio da solução heterocompositiva judicial decorre consequentemente de fatores metajurídicos, tornando-se, desse modo, indeclinável a análise do Tema n. 1.046 de acordo com tais aspectos extranormativos.

Sérgio Buarque de Hollanda apresenta uma das possíveis causas para o atavismo nacional quanto à sistemática remessa a terceiro de soluções que bem poderiam ser encontradas nos próprios

1 Cf. MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

2 Cf. HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p. 42.

indivíduos envolvidos no conflito: "Em terra onde todos são barões não é possível acordo coletivo durável, a não ser por uma força exterior respeitável e temida".³

Ultrapassado o período colonial, afastados os privilégios de nobres e demais apaniguados pelo Estado imperial, e visualizada, hoje, a posição do direito no altiplano de sociedade de massa conflituosa, democrática e participativa, determinando-se a conseqüente mudança no modo de produção e interpretação do direito, é evidente que meios heterocompositivos não podem deter o monopólio de solução de conflitos, quer de compostura individual, quer de natureza coletiva *lato sensu*.

E a própria história da humanidade revela a conveniência de fomentar o recurso às soluções autocompositivas, sob pena de acentuar-se o antagonismo entre os interlocutores sociais que caracterizou o século XVIII, tal como verbera José Augusto Rodrigues Pinto, ao salientar que "[...] o panorama das relações entre operários e patrões mudara visivelmente, revelando-se a mudança, sobretudo, no clima de insatisfação de perfil coletivo marcante [...]".⁴

3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E SUA CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

O Direito do Trabalho proporcionou no final da década de 1980 esforço singular em linha de afirmação do princípio da autonomia negocial coletiva.

No âmbito do direito coletivo do trabalho, esforços foram e têm sido envidados em linha de afirmação da indigitada autocomposição, tanto que a dimensão impingida pelo constituinte originário (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI) torna viável reconhecer a tentativa de fazer com que o mencionado domínio normativo possa "respirar" fora do Estado, empreendimento que será exitoso quando as entidades sindicais se livrarem definitivamente dos grilhões que lhes calçam formas heterônomas de solução de conflitos.

3 Cf. BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 32.

4 Cf. RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997, p. 29.

Presumivelmente relevantes concausas de matriz histórica distanciem a civilização brasileira de instrumentos de autocomposição de conflitos, fazendo-se acreditar, com infeliz habitualidade, que vias heterônomas são e serão mais adequadas pelo mero e simples fato de não derivarem do concerto entre os contendores.

Não é – todavia – a diretiva constitucional.

Inaugurando o sistema constitucional e reverenciando os Princípios Fundamentais (arts. 1º a 4º da CF/88), observa-se que o constituinte originário consagrou como um dos fundamentos do Estado brasileiro o pluralismo político (art. 1º, V, da CF/88).

A expressão *pluralismo político* ainda não foi bem compreendida por tantos que se lançam à exegese dos Princípios Fundamentais, precisamente porque não deve ser confundida com *pluripartidarismo* – princípio vinculado à organização político-partidária no Brasil, conforme acentua o art. 17, *caput*, da CF.

Para Norberto Bobbio,

o termo é novo, mas o conceito não. Que uma sociedade é tanto melhor governada quanto mais repartido for o poder e mais numerosos forem os centros de poder que controlam os órgãos do poder central é uma ideia que se encontra em toda a história do pensamento político. Uma das formas tradicionais para distinguir um governo despótico de um governo não despótico é observar a maior ou menor presença dos chamados corpos intermediários e, mais precisamente, a maior ou menor distribuição do poder territorial e funcional entre governantes e governados. A alta concentração de poder que não tolera a formação de poderes secundários e interpostos entre o poder central e o indivíduo, e que anula toda a oposição ao arbítrio do governante, caracteriza essencialmente todo governo despótico. [...] nossas sociedades são sociedades complexas. Nelas se formaram esferas particulares relativamente autônomas, desde os sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não organizados, etc. [...] o melhor modo para organizar uma sociedade desse tipo é fazer com que o sistema político permita aos vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente, participem, direta ou indiretamente, na formação da vontade coletiva. [...] uma sociedade política assim constituída é a antítese de toda forma de despotismo,

em particular daquela versão moderna do despotismo a que se costuma chamar de totalitarismo.⁵

Nessa linha de compreensão, releva ressaltar que pluripartidarismo significa sistema político dentro do qual se permite a criação de inúmeros partidos. Mais abrangente, e, por isso, de conceituação mais ampla, é o pluralismo político.

A ideia de *pluralismo* é construída pela Filosofia e pela Sociologia.

Segundo Leibniz, o pluralismo é teoria que sustenta ser o universo composto de pluralidade de elementos fundamentais heterogêneos, mas que mantêm contiguidade, continuidade e concatenação entre si.⁶

Para a Sociologia, pluralismo é o pensamento, doutrina ou conjunto de ideias segundo as quais os sistemas políticos, sociais e culturais podem ser interpretados como resultado de multiplicidade de fatores ou concebidos por pluralidade de grupos autônomos, porém interdependentes.⁷

Já o pluralismo político designa pluralismo na *polis*.⁸

Necessário destacar que o pluralismo político é o princípio fundamental do Estado brasileiro que faculta a indivíduos a adoção de ideias e comportamentos antagônicos e contramajoritários com preservação do direito à neutralidade.⁹

É por meio do pluralismo político que surgem entes com multiplicidade ideológica para interferência na formação da vontade do Estado.¹⁰

5 Cf. BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Ed. UnB, 1995, p. 15-16.

6 Cf. www.dicio.com.br. Acesso em: 30 set. 2020.

7 Cf. www.dicio.com.br. Acesso em: 30 set. 2020.

8 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 156.

9 Cf. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 363.

10 SILVA NETO, 2021.

O pluralismo político não se presta exclusivamente a assegurar a liberdade de manifestação de pensamento da pessoa, visto estar o direito assegurado no art. 5º, IV/CF; solidifica-se, sobretudo, com a existência de entes através dos quais indivíduos expressam comunhão de ideias e interesses a respeito da *polis* (sindicatos, universidades, partidos políticos, igrejas, associações).¹¹

A sociedade pluralista está marcada pela alternância no poder e pela compatibilização de interesses contrapostos, o que somente se obtém por meio da interferência de entes que participam na formação da vontade do Estado, seja quando a norma jurídica é elaborada (interferência no Poder Legislativo), executada (interferência no Poder Executivo) ou aplicada (interferência no Poder Judiciário).¹²

De contraparte, o pluralismo político não subsiste sem que se confira *autonomia* aos referidos entes coletivos. É dizer: indispensável que se assegurem a *autonomia* sindical, universitária, partidária, a *autonomia* dos segmentos religiosos e das demais entidades associativas, a fim de que seja possível a participação de cada um deles na formação da vontade do Estado.¹³

E o pluralismo político desemboca na liberdade sindical e no seu corolário: o princípio constitucional da autonomia privada negocial coletiva.

E em tema de interpretação constitucional referente à pactuação de acordos e convenções coletivas de trabalho, resplandece, com toda luminosidade, o denominado princípio da autonomia privada negocial coletiva.

É valor normativo decorrente da interpretação sistemática do art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, da Constituição Federal.

É necessário esclarecer acerca da amplitude do postulado:

Se não pode haver redução de salários, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI); se a duração do trabalho não será superior a oito horas diárias e quarenta e quatro

11 SILVA NETO, 2021.

12 SILVA NETO, 2021.

13 SILVA NETO, 2021.

semanais, facultadas a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho (art. 7º, XIII); se a jornada é de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 7º, XIV); e se, por fim, reconhece o legislador constituinte originário expressamente as convenções e acordos coletivos de trabalho, não é possível negar a existência do princípio da autonomia privada negocial coletiva.¹⁴

Significa, portanto, tão só o seguinte: a prerrogativa de os sindicatos representativos de categorias profissional, econômica e empresa(s) entabularem acordos e convenções coletivas de trabalho, respeitados os limites dos contratos individuais de trabalho celebrados no âmbito das respectivas categorias representadas.

4 A AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA, O TEMA N. 1.046 E AS HORAS *IN ITINERE*

Revisite-se o enunciado do Tema n. 1.046: "Validade de cláusula de norma coletiva de trabalho que reduz ou suprime o direito dos trabalhadores ao cômputo das horas *in itinere* na jornada de trabalho, em período anterior à vigência da Lei 13.467/2017".

Consoante a advertência de Konrad Hesse, "o Direito não escrito não pode ser entendido em contradição com a *constitutio scripta*, esta última se converte em limite infranqueável da interpretação constitucional".¹⁵

Nesse passo, é inarredável reconhecer a magnitude do princípio da autonomia privada negocial coletiva, que se materializa na pactuação de acordo coletivo destinado a celebrar avença em torno das denominadas horas *in itinere*.

Poder-se-ia eventualmente objetar a legitimidade da avença coletiva com suporte na ideia de que as horas *in itinere* corresponderiam a direitos sociais trabalhistas de caráter indisponível, tornando-as, em tudo, similares ao salutar controle de jornada constitucionalmente previsto (art. 7º, XIII).

¹⁴ SILVA NETO, 2021, p. 951.

¹⁵ HESSE, 1992, p. 49.

Todavia, não é possível promover a identificação entre horas de percurso e horas de efetivo trabalho, visto que, ontologicamente, tanto sob o aspecto da fadiga decorrente do labor realizado quanto da subordinação, são incomparáveis.

O empregado que percorre o caminho até a chegada à empresa não se submete à mesma intensidade do poder diretivo empresarial do colega que lá já se encontra.

Decorre daí que a indisponibilidade relativa das horas *in itinere* torna constitucionalmente viável a celebração de acordo coletivo, no âmbito de empresa, ou convenção coletiva, no âmbito de categoria profissional e econômica, tudo com amparo no princípio constitucional da autonomia privada negocial coletiva, tornando ofensiva à Constituição a genérica invalidação dos indigitados instrumentos coletivos de autocomposição de conflitos do trabalho, tal como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal (STF, RE n. 590.415/SC-RG, relator ministro Teori Zavascki).

Convém apontar que se antepõem limites ao princípio da autonomia privada negocial coletiva, que são encontrados fundamentalmente nos direitos absolutamente indisponíveis e constitucionalmente previstos, como as normas relativas à saúde, à higiene e à segurança no trabalho (art. 7º, XXII/CF).

Contudo, naquilo que se pretenda o elastecimento acrítico de direitos sociais trabalhistas marcados pelo signo da indisponibilidade absoluta, visando igualmente a caracterizar as horas *in itinere*, há ferimento inequívoco ao conteúdo essencial da autonomia privada negocial de sindicatos e empregadores, razão por que ao intérprete cumpre objetivar, à luz dos casos concretos com reconhecimento de repercussão geral, as circunstâncias autorizativas de invalidação de tais instrumentos de autocomposição, o que não é o caso de horas *in itinere*.

5 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E A SUPOSTA OBRIGATORIEDADE DE CONTRAPARTIDA EM ACORDO OU CONVENÇÃO COLETIVA

Impõe-se a discussão acerca da discutível compulsoriedade de existência de contrapartida para propósito de redução ou supressão de direito social trabalhista por meio de acordo ou convenção coletiva.

Convictamente, o sinalagma, típico do exercício da autonomia negocial no Direito Civil, não compõe o substrato da negociação coletiva.

Se o sindicato profissional, no âmbito da negociação coletiva, com empresa ou sindicato econômico, dirige-se ao propósito de reduzir ou suprimir direito social trabalhista relativamente indisponível e, portanto, viável à transacionabilidade, o ato de negociação não pode ser identificado a suposta renúncia por duas razões realmente significativas: I) o grêmio sindical extrai a legitimidade para sua atuação diretamente do Texto Constitucional (art. 8º, III/CF), fazendo com que a suposta "renúncia" se converta meramente em ato de representação de categoria profissional, cujo ônus dele resultante será suportado pelos trabalhadores responsáveis pela eleição dos dirigentes sindicais que entabularam a negociação; II) exigir-se sistemática contrapartida ou bônus compensatório é, pela via oblíqua, reflexa ou indireta, burocratizar o concerto coletivo, impedindo-se insidiosamente o exercício, em sua plenitude, da autonomia privada negocial coletiva.

Importa também o exame do § 2º do art. 114 da Constituição Federal, segundo o qual

recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, *bem como as convencionadas anteriormente* (grifos não são do original).

No entanto, mesmo que se objete o exercício da autonomia negocial coletiva sob o fundamento de norma constitucional que explicitamente põe contingente relevância nas contrapartidas em sede de instrumentos de autocomposição dos conflitos coletivos, como é o caso do indigitado dispositivo constitucional, não reside fundamento para impedir a validade de instrumentos coletivos sem contrapartidas precisamente em razão do princípio da autonomia privada negocial coletiva.

Entenda-se: se a Constituição de 1988 prestigia solenemente instrumentos de autocomposição de conflitos, torna-se evidente que lançar a contrapartida como condição de validade do negócio jurídico coletivo é o mesmo que atingir o *núcleo essencial* da autonomia para negociar acordos e convenções.

De fato, não haverá liberdade na condução do processo autocompositivo se a validade do respectivo concerto estiver atrelada às normas convencionadas anteriormente, tal como registra a previsão constitucional.

Conseqüentemente, o § 2º do art. 114 da Constituição produz ferimento irreversível à autonomia negocial porque vulnera o que há de mais substancial no direito à entabulação de convênios coletivos: a liberdade de negociação.

Portanto, vulnerada a liberdade para negociar, afastada também será a própria autonomia negocial, arrostando-se o núcleo essencial do direito fundamental constitucionalmente protegido.

6 A AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E SEGURANÇA JURÍDICA

Interessante tema foi trazido a discussão no âmbito do RE n. 1.121.633, *leading case* do Tema de Repercussão Geral n. 1.046.

Com efeito, naquela oportunidade, foi articulado pela empresa que, pactuada consensualmente a extinção de pagamento de horas *in itinere*, qualquer decisão modificativa do convênio coletivo induziria a ofensa à segurança jurídica – direito individual consubstanciado no art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Cumprе salientar que a existência de cláusula normativa pactuada em acordo ou convenção coletiva não confere às partes envolvidas efeitos prospectivos com lapso temporal indeterminado, ou – dito de outro modo – a estipulação de cláusulas econômicas em negociação coletiva não se submete ao *pacta sunt servanda*, sendo certo que a alterabilidade das condições pactuadas é inerente à antedita autonomia negocial.

7 CONCLUSÕES

As questões jurídico-constitucionais quanto mais se tornam multidimensionais, maior se torna a incapacidade humana de pensar essa multidimensionalidade do problema;

Imperativos de cariz extranormativo hão de se integrar à decisão da Corte Constitucional sobre temas cujo reconhecimento da

repercussão geral induza, como consequência, exame destinado a abrir ao direito as janelas da realidade circundante, como sucede com a hipótese concreta de pactuação *in pejus* ou *in mellius* de acordo ou convenção coletiva de trabalho no que toca às horas *in itinere* à luz do princípio constitucional da autonomia privada negocial coletiva;

O pluralismo político (art. 1º, V/CF) não subsiste sem que se confira autonomia a entes coletivos, tornando-se indispensável assegurar a autonomia sindical, universitária, partidária, a autonomia dos segmentos religiosos e das demais entidades associativas, a fim de que seja possível a participação de cada um deles na formação da vontade do Estado;

É inarredável reconhecer a magnitude do princípio da autonomia privada negocial coletiva, que se materializa na pactuação de acordo coletivo destinado a celebrar avença em torno das denominadas horas *in itinere*;

O sinalagma, típico do exercício da autonomia negocial no Direito Civil, não compõe o substrato da negociação coletiva;

Se a Constituição de 1988 prestigia solenemente instrumentos de autocomposição de conflitos, torna-se evidente que lançar a contrapartida como condição de validade do negócio jurídico coletivo é o mesmo que atingir o núcleo essencial da autonomia para negociar acordos e convenções;

A existência de cláusula normativa pactuada em acordo ou convenção coletiva não confere às partes envolvidas efeitos prospectivos com lapso temporal indeterminado.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília: Ed. UnB, 1995.

BUARQUE DE HOLLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

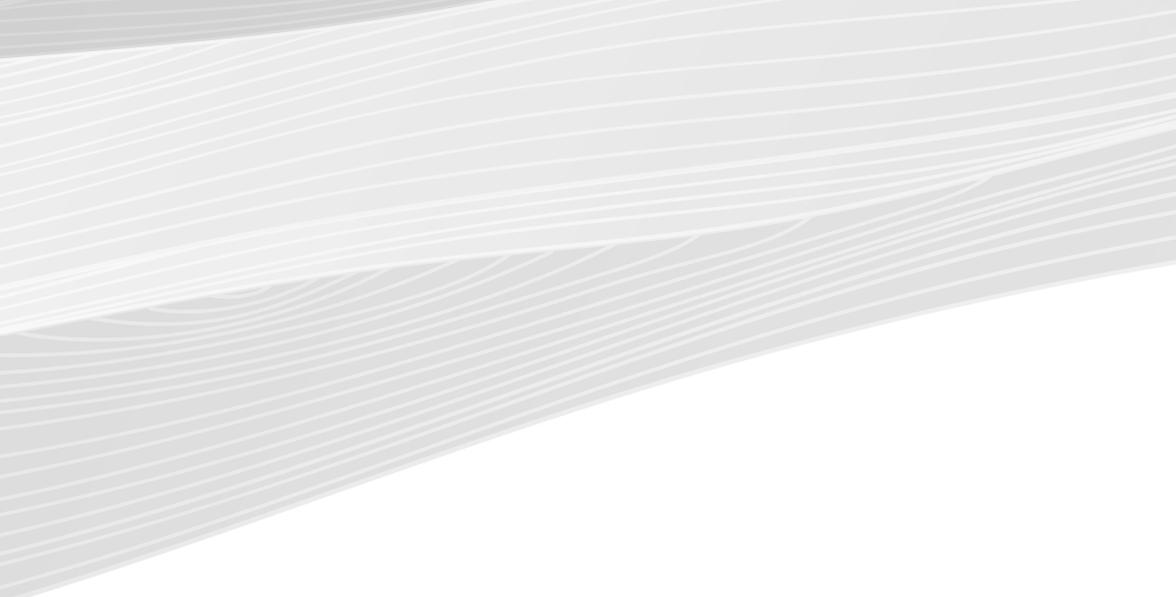
MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *O princípio da unitas multiplex do trabalho sob demanda via aplicativos e sua regulação: prenúncio do dever das relações de trabalho pelas lentes da teoria dos sistemas*. 2020. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Curso de direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1997.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.



MARCELO FREIRE SAMPAIO COSTA

Membro do Ministério Público do Trabalho. Professor da Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade da Amazônia (UNAMA/PA).

DANIELLA MOURA PALHA COSTA

Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela PUC/SP. Mestranda pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP/SP).

FORÇA EXPANSIVA NORMATIVA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA *VERSUS* A VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. EMBATE PONDERATIVO NECESSÁRIO. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Sumário: 1 Introdução. 2 Formas de resolução dos conflitos coletivos. 3 Da negociação coletiva e do conseqüente fortalecimento da força expansiva normativa da negociação coletiva. 4 Posição do Supremo Tribunal Federal acerca da negociação coletiva em três momentos distintos. 5 A força expansiva normativa da negociação coletiva como norma-princípio fundamental. Embate ponderativo com a norma-princípio fundamental da vedação ao retrocesso social. 5.1 Do princípio da intervenção mínima da autonomia da vontade. 6 Do princípio constitucional da vedação do retrocesso social e suas projeções interpretativas. 6.1 Da adequação setorial negociada. 7 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo nasceu de convite formulado pelo ilustre professor doutor e membro do Ministério Público do Trabalho Manoel Jorge e Silva Neto, para participar de obra coletiva cujo tema central versa sobre os desafios à autonomia negocial coletiva, em homenagem ao querido mestre José Augusto Rodrigues Pinto.

Este artigo busca inicialmente delimitar o princípio da autonomia privada coletiva, nomenclatura utilizada de maneira corrente pela doutrina, aqui também chamada de *força expansiva normativa da negociação coletiva*, apontando-a como modalidade de norma-princípio constitucional, daí a necessária contraposição com outra norma-princípio fundamental – a vedação do retrocesso social. Tal delimitação necessariamente envolverá o estudo crítico de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, a serem apontadas ao longo desse texto.

Pretendemos responder a seguinte indagação: o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo de maneira acertada sobre a força

normativa expansiva da negociação coletiva, delimitando-a como norma-princípio constitucional, bem como apontando corretamente as projeções infraconstitucionais desse assunto?

Começaremos trabalhando as chamadas *formas de resolução dos conflitos coletivos*, dando destaque à autocomposição, via de expressão por excelência da negociação coletiva, objeto do presente estudo.

2 FORMAS DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS

A partir do marco histórico da Revolução Industrial, cujo desenvolvimento acarretou naturalmente, além de uma majoração exponencial na possibilidade de produção de riquezas, também o aumento da desigualdade econômica já existente entre a classe trabalhadora e aquela detentora dos meios de produção,¹ e, por consequência, os conflitos decorrentes dessa desigualdade.

Desde então, consolidaram-se três formas básicas de solução dos conflitos entre a coletividade de trabalhadores, envolvendo interesses de natureza dita *uti universi*:² autodefesa (autotutela), heterocomposição e autocomposição.

Antes de classificar tais modalidades, vale deixar registrado que, quanto ao objeto desses conflitos, faz-se a divisão entre conflitos de direito e conflitos econômicos ou de interesses.

Nos conflitos de interesses ou econômicos, os atores discutem a criação de novas regras voltadas a causar impacto nos interesses econômicos das partes antagônicas.

Naqueles de natureza jurídica, simplesmente há um desentendimento quanto à interpretação de regra jurídica (em sentença normativa, convenção ou acordo coletivo de trabalho) já existente.

A autodefesa é considerada a forma mais primitiva de solução de conflitos. Dá-se quando uma das partes, usualmente o empregador,

1 Cf. PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 168.

2 No mesmo sentido, ROMITA, Arion Sayão. O poder normativo da Justiça do Trabalho na reforma do Judiciário. *Revista do TRT – 1ª Região e Ematra*, Rio de Janeiro, n. 39, p. 60, jan./jun. 2005.

resiste à tentativa de se entabular uma negociação, daí a decisão extremada dos trabalhadores de paralisação de suas atividades — pela greve, com a finalidade de provocar e pressionar a decisão do detentor de atividade econômica de reabrir o diálogo, visando atingir o fim do conflito,³ ou por intermédio da autocomposição ou pela heterocomposição, via dissídio coletivo de greve.

A greve passa a ser considerada como meio de pressão trabalhista por excelência por intermédio da suspensão coletiva, parcial ou total, pacífica e temporária, da prestação de serviços laborais, visando à redução ou eliminação da resistência da parte contrária de maneira a encaminhar a solução do conflito por intermédio da autocomposição ou heterocomposição.

A heterocomposição ocorrerá quando um agente diferente (magistrado ou árbitro) das partes conflitantes é instado a solucionar o conflito apresentado, por intermédio de uma decisão com força vinculante sobre os envolvidos. Portanto, nessa hipótese, as partes conflitantes conjuntamente, ou um por intermédio da restrição de uma delas, decidem deixar de pacificar diretamente a questão controversa, submetendo o conflito existente para que seja resolvido por uma fonte suprapartes,⁴ como é o caso da jurisdição — por intermédio do dissídio coletivo, ou pela arbitragem.

De outra banda, a autocomposição ocorre quando as partes coletivas contrapostas alcançam ajuste de suas divergências diretamente, de maneira autônoma, atingindo a celebração de “documento pacificador, que é o diploma coletivo negociado”.⁵ É a negociação coletiva logrando êxito e gerando frutos.

Óbvio que a autocomposição, cujo resultado por excelência é o diploma coletivo normativo, poderá ser impulsionada, estimulada ou pressionada, por exemplo, por mecanismos de autodefesa, como é caso da greve, sem desnaturar, contudo, a autocomposição celebrada diretamente pelas partes, pois há diversas trajetórias para se

3 Cf. no mesmo sentido NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 1982. p. 82.

4 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2007.

5 DELGADO, 2007, p. 40.

atingir a norma coletiva engendrada, com ou sem pressão social ao longo do *iter* negocial. As estradas podem trilhar caminhos distintos, mas o destino alcançado é o mesmo.

É possível resumir de maneira mais didática e objetiva que a negociação coletiva, a ser melhor desenvolvida nos próximos itens, por ser dinâmica complexa, pode até se relacionar com modelos de heterocomposição, como é o caso da mediação e da arbitragem. Pode acontecer de esses mecanismos serem simplesmente considerados como “instrumentos-meios da negociação coletiva de trabalho”.⁶

3 DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DO CONSEQUENTE FORTALECIMENTO DA FORÇA EXPANSIVA NORMATIVA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Negociação coletiva significa o processo de entendimento essencialmente democrático e direto entre as partes, sendo os trabalhadores obrigatoriamente representados pela entidade sindical pertinente e os tomadores de serviços também com a possibilidade de serem representados pelo sindicato da categoria econômica que os represente.

A negociação coletiva é o meio autocompositivo por excelência da jurisdição laboral, pois não há a participação de agente ou órgão estranho ao conflito posto, além de ser o mecanismo mais propício para aproximar as partes visando à composição por intermédio do “diploma coletivo negociado”,⁷ verdadeira realização da chamada autonomia privada coletiva.

Esse método de autocomposição tem importância primordial para que sejam entabulados francos e diretos diálogos entre as partes conflitantes, certamente contribuindo decisivamente para o adensamento do necessário e benfazejo diálogo democrático, sem intermediários, entre os atores laborais.

O resultado desse diálogo franco será a celebração de convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho.

6 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020. p. 1.630.

7 DELGADO, 2020, p. 40.

Sobre a importância da negociação coletiva para o amadurecimento das relações laborais e a busca da equiparação horizontal de forças e democracia das relações laborais, a doutrina deixa registrado:

A negociação coletiva é nos dias de hoje considerada o melhor meio para a solução dos conflitos ou problemas que surgem entre o capital e o trabalho. Por meio dela trabalhadores e empresários estabelecem não apenas condições de trabalho e remuneração, como também todas as demais relações entre si, mediante um procedimento dialético previamente definido, que se deve pautar pelo bom-senso, boa-fé, razoabilidade e equilíbrio entre as partes diretamente interessadas.⁸

Acerca do necessário equilíbrio de poderes entre os divergentes na negociação coletiva, vale a pena citar mais um trecho da mesma obra doutrinária:

[...] inferimos que a negociação coletiva constitui um sistema fundamental para a solução dos conflitos trabalhistas, em uma sociedade democrática. É necessário, porém, um poder de negociação suficientemente forte para promover o equilíbrio dos poderes: o patronal e dos sindicatos, sem o que o balanço da justiça acabará pendendo para o lado mais forte. Para que isto não ocorra é imperativo a existência de um sindicato forte, independente e representativo para engendrar uma negociação eficaz.⁹

A Organização Internacional do Trabalho situa a importância da negociação coletiva da seguinte maneira:

O direito de negociação coletiva é um prolongamento direto do direito sindical, uma vez que um dos objetivos mais importantes das organizações de empregadores e de trabalhadores é a definição de salários e de outras condições de emprego mediante contratos coletivos em lugar de contratos individuais de trabalho.¹⁰

O reconhecimento constitucional das normas coletivas, convenções e acordos coletivos de trabalho reflete inegável importância à autonomia privada negocial coletiva ou a aqui chamada força

8 SANTOS, Enoque Ribeiro. *Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 85.

9 SANTOS, 2016, p. 99.

10 Organização Internacional do Trabalho (OIT). *A liberdade sindical*. Tradução de Edilson Alkmin Cunha. São Paulo: LTr, 1993. p. 95.

normativa expansiva da negociação coletiva, escrita expressamente no art. 7º, XXVI ("reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho").

Para finalizar, a negociação coletiva, conforme entabulado no dispositivo legal em destaque, pois sua gênese está imbricada com a ideia de "aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho das pessoas humanas trabalhadoras e como mecanismo para a elevação das condições de pactuação da força de trabalho no sistema econômico capitalista",¹¹ ou, pelo menos para serem entabuladas concessões recíprocas, ou que se chamará mais à frente do conhecido jogo do "perde mas também ganha", de forma que o resultado final do instrumento constitua condição benéfica às partes; esta última parte a ser desenvolvida mais à frente neste estudo.

4 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA EM TRÊS MOMENTOS DISTINTOS

O Supremo Tribunal Federal, inclusive em sede de controle de constitucionalidade, vem tratando sobre os limites da negociação coletiva em pelo menos três importantes momentos jurisprudenciais distintos.

Esses julgados merecem a necessária individualização, porque certamente inferem uma conformação constitucional a esse instituto, que já vem significando mudança de rota jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho.

Vejamos cada um deles.

No primeiro dos julgados mencionados, foi confirmada a validade do chamado plano de dispensa coletiva incentivada, devidamente construído em norma coletiva. Vale transcrever ementa do acórdão, pois nela fica bem delimitada a importância que deverá ser conferida à negociação coletiva, bem como a tese fixada em repercussão geral. Vejamos:

DIREITO DO TRABALHO. ACORDO COLETIVO. PLANO DE DISPENSA INCENTIVADA. VALIDADE E EFEITOS.1. Plano de dispensa incentivada aprovado em acordo coletivo que contou com ampla

11 DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017. p. 255.

participação dos empregados. Previsão de vantagens aos trabalhadores, bem como quitação de toda e qualquer parcela decorrente de relação de emprego. Faculdade do empregado de optar ou não pelo plano. 2. Validade da quitação ampla. Não incidência, na hipótese, do art. 477, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, que restringe a eficácia liberatória da quitação aos valores e às parcelas discriminadas no termo de rescisão exclusivamente. 3. No âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual. 4. A Constituição de 1988, em seu art. 7º, XXVI, prestigiou a autonomia coletiva da vontade e a autocomposição dos conflitos trabalhistas, acompanhando a tendência mundial ao crescente reconhecimento dos mecanismos de negociação coletiva, retratada na Convenção n. 98/1949 e na Convenção n. 154/1981 da Organização Internacional do Trabalho. O reconhecimento dos acordos e convenções coletivas permite que os trabalhadores contribuam para a formulação das normas que regerão a sua própria vida. 5. Os planos de dispensa incentivada permitem reduzir as repercussões sociais das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam do mero desligamento por decisão do empregador. É importante, por isso, assegurar a credibilidade de tais planos, a fim de preservar a sua função protetiva e de não desestimular o seu uso. 7. Provimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: *“A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de dispensa incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado”*.¹² (grifo não consta no original)

Pode-se dizer que o precedente do STF certamente influenciou o legislador da Reforma Trabalhista de 2017, que acabou por editar o seguinte dispositivo legal:

Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e

12 Supremo Tribunal Federal. Plenário. RE n. 590.415-SC. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. DJE 29.5.2015.

irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

A tese do STF serviu de clara inspiração para o reformador trabalhista, que acabou por legislar aquela posição jurisprudencial anterior.

Em outro julgado mais recente, o Supremo Tribunal Federal outra vez reiterou a força da norma coletiva decorrente da negociação coletiva, ao deixar assentada a possibilidade de a categoria “transacionar” a redução do cômputo total das chamadas horas de itinerância (*in itinere*) na jornada diária de trabalho, “em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades”. Veja parte dele:

TRABALHISTA. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS HORAS *IN ITINERE* NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. [...]. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades.

Ao contrário da hipótese citada inicialmente do plano de demissão incentivada, cuja decisão do STF acabou por influenciar o legislador reformista, neste caso das horas de itinerância esse mesmo legislador optou por simplesmente varrer tal possibilidade, conforme disposto no art. 58, § 2º, da Lei n. 13.467/2017. Vejamos:

O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador.

Na mesma linha, em outro julgado ainda mais recente, decidiu-se, monocraticamente, em sede de medida cautelar em controle concentrado de constitucionalidade, pela suspensão de todas as ações, inclusive de fases executivas já iniciadas, versando a hipótese de ultratividade das normas coletivas, isto é, a possibilidade de o que restou negociado incorporar no patrimônio jurídico do trabalhador, ainda que a vigência da norma coletiva tenha

expirado,¹³ conforme vinha prevendo expressamente a nova redação, de 2012, da Súmula n. 277 do TST.

Aliás, a ultratividade também restou expressamente varrida pela Lei n. 13.467/2017, conforme § 3º do art. 614 do Texto Consolidado, com a seguinte redação: "Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade".

Nesta hipótese da ultratividade, o legislador acabou por fulminar, com tiro de canhão, discussão que certamente ainda teria muitos desdobramentos na jurisdição, por se tratar de assunto extremamente complexo, que vinha sendo objeto de lenta maturação pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, diga-se de passagem, local adequado para tal desenvolvimento.

Não se pode deixar de finalizar o presente item deixando registrada crítica à jurisprudência de Supremo Tribunal Federal em razão da ausência do reconhecido da força normativa da negociação coletiva como norma-princípio fundamental, podendo, portanto, naturalmente, e eventualmente, a depender das peculiaridades fáticas do caso posto, participar de embate ponderativo com outra norma-princípio fundamental. Nosso tribunal constitucional olvidou-se por completo dessa questão, a ser desenvolvida no próximo item.

5 A FORÇA EXPANSIVA NORMATIVA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO NORMA-PRINCÍPIO FUNDAMENTAL. EMBATE PONDERATIVO COM A NORMA-PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

As decisões citadas no item anterior do Supremo Tribunal Federal apenas refletem e fortalecem a posição jurisprudencial indicando a força expansiva normativa do êxito da negociação coletiva responsável pela autocomposição dos conflitos laborais.

Contudo, tal força expansiva, de cariz constitucional (vale novamente transcrever o art. 7º, XXVI: "reconhecimento das convenções

¹³ Cf. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. ADPF 323 MC-DF. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJE 18.10.2016.

e acordos coletivos de trabalho”), necessita ser compreendida em diálogo com outras normas-princípios¹⁴ constitucionais, como é o caso daquela inscrita na cabeça do art. 7º da Carta Maior de 1988, conhecida como princípio da vedação ao retrocesso social, com a seguinte redação: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Portanto, discussões envolvendo os limites da força expansiva da negociação coletiva devem ser usualmente considerados casos difíceis (ou *hard cases*), pois envolvem a aplicação do instituto ou mecanismo da ponderação,¹⁵ isto porque há outra norma-princípio da cariz constitucional (vedação do retrocesso social) que exige a necessária valoração e contraponto.

Quando se afirma a ocorrência da ponderação, significa o reconhecido de conflitos principiológicos que, por consequência, atraem necessariamente a ideia da aplicação dessa técnica ponderativa¹⁶ de interesses contrapostos. Tal técnica acontece justamente quando “existem razões opostas que, tomadas individualmente, constituem boas razões para uma decisão e só não levam de imediato a uma decisão definitiva porque existe outra razão que exige outra decisão”¹⁷ distinta daquela que seria a definitiva, corroborando a ideia de dimensão de peso havida nos princípios e inexistente nas regras. Em outros termos, cada princípio contraposto pode justificar uma decisão distinta da outra, a depender das peculiaridades de cada caso concreto.

Como será demonstrado mais à frente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, não obstante venha, na esteira do Supremo Tribunal Federal, construindo novos limites expansivos à força

14 Sobre o assunto, vide de mais aprofundada, COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. Juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

15 Sobre esse assunto, também confira com mais vagar em COSTA, Marcelo Freire Sampaio. Obra citada.

16 Neste sentido vide ensinamento de ALEXY: “Um critério para averiguar se o juiz apoia-se em princípios é saber se ele procede a uma ponderação. Aplica-se o seguinte teorema: quando uma pessoa procede a uma ponderação, ela se apóia necessariamente em princípios”. ALEXY, Robert. *Conceito de validade do direito* (tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 87.

17 ALEXY, 2009, p. 87-88.

normativa da negociação coletiva, em alguns momentos olvida por completo do caráter aporético¹⁸ dessa questão, bem como da necessária e obrigatória exigência de prévia realização do mecanismo ponderativo em razão da existência de outra norma-princípio fundamental com idêntica força deôntica e capacidade expansiva, a já citada vedação do retrocesso social, que, a depender das peculiaridades do caso concreto, poderá prevalecer sobre aquela.

Aliás, há jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho,¹⁹ reconhecendo a validade de norma coletiva adotando registro de ponto apenas por exceção, ou seja, apenas quando houver extrapolação da jornada normal, que reflete bem essa ausência de reconhecimento do caráter aporético do que aqui está se discutindo, bem como também da falta total de aplicação da técnica ponderativa entre a força normativa da autonomia privada coletiva em contraposição com a vedação do retrocesso social, bem como também de dispositivo constitucional que impõe limites objetivos à duração máxima da jornada de trabalho.

Ora, a previsão infraconstitucional da possibilidade de a norma coletiva superar a norma heterônoma neste assunto (modalidade de registro de jornada), conforme autoriza o art. 611-A, X, da CLT (modalidade de registro de jornada de trabalho), não pode ser interpretada de maneira isolada e apartada da ideia de leitura sistemática da ordem legal, constitucional e infraconstitucional sobre o assunto.

Salta aos olhos a incorreção dessa interpretação ampliativa sobre o registro excepcional de jornada, disposição advinda da negociação coletiva, em razão da ausência da aplicação da técnica ponderativa, pois se ignorou completamente dispositivo constitucional clássico que impõe limites objetivos à jornada máxima de trabalho, além de restringir a negociação coletiva sobre essa temática expressamente para tratar de "compensação de horários e redução de jornada" (art. 7º, XIII), e também do disposto na cabeça do art. 7º (aqui chamado de vedação do retrocesso social), além do amplo regramento infraconstitucional tratando sobre registro e jornada de trabalho.

18 Aqui entendido como a dificuldade interpretativa resultante da "igualdade de raciocínios", enlevando o espírito do intérprete numa verdadeira dúvida sobre qual caminho trilha. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 130.

19 Tribunal Superior do Trabalho. 4. Turma. RR 1001704-59.2016.5.02.0076. Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos. DJ 27.3.2019.

Ora, o art. 611-A, X, da CLT não pode ser lido isoladamente conforme o princípio constitucional do reconhecimento normativo da negociação coletiva, descurando-se dos demais dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que podem ser contrapostos à ideia de registro de jornada de trabalho por exceção apenas em caso de extrapolação de jornada regular.

Antes de trabalhar no próximo item o princípio da vedação do retrocesso social, aqui escolhido em razão de entrar em embate frequente com o contraposto princípio da força expansiva normativa da negociação coletiva, vale desenvolver uma importante projeção infraconstitucional desta norma-princípio, qual seja, a intervenção mínima da autonomia da vontade.

5.1 DO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DA AUTONOMIA DA VONTADE

Com efeito, a Lei n. 13.467.2017, chamada por muitos de Lei da Reforma Trabalhista, pretendeu inegavelmente conferir sobremaneira importância ao resultado final da negociação coletiva, ao entabular esse novo princípio infraconstitucional dirigido à jurisdição laboral, disposto no § 3º do art. 2º da CLT, com a seguinte redação:

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 n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Esse dispositivo deixa afirmado claros e estreitos limites vinculados ao art. 104 do Código Civil, para avaliação pelo Judiciário das normas coletivas engendradas, compreendendo apenas os elementos essenciais do negócio jurídico.

Como prova disso, o resultado da negociação coletiva, plasmado em normas coletivas (convenções e acordos coletivos de trabalho), terá inclusive “prevalência sobre a lei”, quando dispuser, “entre outros assuntos”, sobre largo rol de temas dispostos no art. 611-A da Lei de Reforma Laboral.

Prevalência sobre a lei deve significar primordialmente capacidade de a norma coletiva simplesmente derrogar a lei, ainda que

seja para estabelecer a renúncia de direitos dispostos na lei estatal ou, até mesmo, para derogar padrão mínimo de proteção consagrado em diploma legal.

Tal dispositivo parece olvidar o princípio constitucional do acesso qualificado à jurisdição disposto no art. 5º, XXXV, da Carta Maior, com a seguinte redação: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Esse dispositivo também parece olvidar a missão constitucional do Ministério Público conforme disposto no art. 129 da Carta Magna de 1988:

O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É óbvio que esse dispositivo legal confere uma relevante missão constitucional ao Ministério Público que não pode ser tolhida por qualquer dispositivo infraconstitucional.

Portanto, no momento em que o Parquet está exercendo seu *munus* constitucional, inclusive questionando o conteúdo de determinados acordos ou convenções coletivas de trabalho, a jurisdição não poderá simplesmente afastar tal pedido em razão da isolada leitura desse incomum princípio criado da intervenção mínima.

Idêntico raciocínio será aplicado em relação às entidades sindicais, considerando o que dispõe o art. 8º, III, do Texto Maior (“ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”).

6 DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUAS PROJEÇÕES INTERPRETATIVAS

Diz o art. 7º, *caput*, da Carta Magna de 1988 o seguinte: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Tal princípio afirma a ideia de progressividade no sentido da possibilidade de alterações às garantias sociais somente quando houver acréscimo de direitos ou, ao menos, quando tal acréscimo se dê no

âmbito da "efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação sem perda de concretude para o cidadão".²⁰

Vindo da doutrina francesa do *effet cliquet*, a vedação do retrocesso social mostra-se como importante instituto de defesa de direitos historicamente adquiridos e positivados. Tal teoria foi acolhida pelo constitucionalismo pátrio como princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais, sem que haja a criação de outro mecanismo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.

A ideia bem clara exurgida dessa norma-princípio é no sentido de agregar, somar, progredir conquistas sociais, evitando a mitigação ou a abolição desses avanços atingidos.

Até o presente momento, a doutrina de direito constitucional vinha afirmando que a vedação do retrocesso social se aplicava tão somente "a uma lei"²¹ que, "ao regulamentar um mandamento constitucional",²² instituindo determinado direito, acaba por "incorporar ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido".²³ Nessa linha, lei posterior não poderia extinguir um direito ou garantia de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, eliminando direito fundado na Constituição.

Não obstante a ausência de produção doutrinária afirmando que os eflúvios dessa norma-princípio também tenham incidência nas normas coletivas, não há dúvidas dessa aplicação, pois tem-se a possibilidade legal inclusive de essas modalidades normativas decorrentes da autonomia privada coletiva prevalecerem sobre a lei estatal quando regularem matérias dispostas no amplo rol de assuntos inscritos no art. 611-A da CLT.

Vale lembrar, mais uma vez, correndo-se o risco da frequente repetição, que, conforme já afirmado neste estudo, a autonomia privada

20 MELO, Geraldo Magela. Vedação ao retrocesso social. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65, jul.-dez.2010.

21 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

22 Idem.

23 Idem.

coletiva foi concebida prioritariamente como mecanismo para a elevação das condições sociais e econômicas da força de trabalho negociante no sistema econômico capitalista ou, pelo menos, como busca de aperfeiçoamento das condições de vida e de trabalho das pessoas humanas trabalhadoras.

Nos próximos itens será desenvolvida a projeção dessa norma-princípio, já bem desenvolvida, ocasião em que também se aproveitará para comentar criticamente decisão do Tribunal Superior do Trabalho sobre o assunto.

6.1 DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA

Conforme desenvolvido até aqui, a força expansiva normativa da negociação coletiva é assunto instigante, pois acaba por envolver a compreensão e a busca de harmonização dos conflitos naturalmente surgidos entre as normas advindas da própria negociação coletiva, bem como em relação às regras provenientes da legislação estatal.

O princípio da adequação setorial negociada, advindo da pena genial e criativa do jurista e ministro do TST Mauricio Godinho Delgado,²⁴ vem se mostrando norte importante e seguro para a jurisprudência desatar os conflitos advindos dessa questão.

Temos que tal princípio, a despeito de assim não ter sido compreendido nem pelo seu genial idealizador, é projeção infraconstitucional inquestionável do princípio constitucional da vedação do retrocesso social, conforme já defendido em item anterior desse estudo, pois representa a impossibilidade de a autonomia privada coletiva rebaixar integralmente (sem compensações) as conquistas da categoria furando a proteção do patamar legal mínimo construído pela legislação heterônoma estatal.

Vejamos como foi delimitado o princípio da adequação setorial negociada pela doutrina que o concebeu:

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas, construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional, podem prevalecer sobre o padrão

24 Desenvolvida em várias obras desse autor. Por todas, cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, cit.

geral heterônomo justabalhista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementarem um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta).²⁵

A jurisprudência do TST também vem se manifestando corretamente, de há muito, sobre a adequação setorial negociada. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO ANULATÓRIA – A Carta Política do país reconhece os instrumentos jurídicos clássicos da negociação coletiva — convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, inciso XXVI, CF/88). Entretanto, existem limites jurídicos objetivos à criatividade normativa da negociação coletiva trabalhista. As possibilidades e limites jurídicos para a negociação coletiva são orientados pelo princípio da adequação setorial negociada. Ou seja, os critérios da 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. A adequação setorial negociada não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia (e não de transação). Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta, os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Incorporando a CCT impugnada vários preceitos supressivos, atenuadores ou modificativos de regras e proteções trabalhistas oriundas da ordem jurídica imperativa, deve ter seu conteúdo invalidado judicialmente. Recurso ordinário parcialmente provido.²⁶

Mais recentemente, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho vem seguindo idêntica posição. Vejamos:

A Constituição Federal de 1988 conferiu aos seres coletivos o poder excepcional de criação de normas jurídicas de cunho trabalhista, por meio da negociação coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas, criadas a

25 DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*, cit. p. 83.

26 Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. ROAA 2800200-84.2002.5.09.0909. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. DEJT 24.10.2008.

partir da negociação entabulada pelos representantes das categorias profissional e patronal, podem prevalecer diante das regras estatais de proteção ao trabalho, desde que não avancem sobre direitos de indisponibilidade absoluta.²⁷

Voltado aos critérios construídos pela doutrina que admitem a possibilidade da força expansiva normativa da negociação coletiva inclusive superar as normas estatais, vale a pena o estudo individualizado de cada um desses critérios, inclusive apontando jurisprudência do TST em que os chamados "critérios autorizativos",²⁸ já transcritos, deixaram de ser considerados, senão vejamos:

- a. quando as normas decorrentes da autonomia privada coletiva aumentam patamar legal

Esse primeiro critério autorizador é o mais óbvio e fácil de ser sustentado, pois a majoração do patamar protetivo pela negociação coletiva em comparação com a legislação heterônoma é função histórica clássica da autonomia privada coletiva, inclusive assim também reconhecida pela normativa internacional da Organização Internacional do Trabalho, daí porque a jurisprudência não costuma polemizar sobre isto.

Esse primeiro critério carrega a expressão literal do princípio da vedação ao retrocesso social, conforme disposto na cabeça do art. 7º da Carta Maior, já desenvolvido neste estudo.

O segundo critério costuma carrear a totalidade de polêmicas envolvendo tal princípio, senão vejamos:

- b. normas autônomas transacionam setorialmente parcelas justalhistas de indisponibilidade tão somente relativa

Óbvio que há normas heterônomas de indisponibilidade absoluta que constituem o que já foi chamado de "patamar civilizatório mínimo"²⁹ inderrogável pela vontade coletiva, como é o caso, por exemplo, de dispositivos antidiscriminatórios, de anotação

27 Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. ROT - 1003289-78.2019.5.02.0000. Rel. Min. Katia Magalhaes Arruda. DEJT 8.3.2021.

28 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*, cit., p. 1.709.

29 Idem, p. 1.710.

de CTPS, pagamento de salário mínimo, redução de cota legal de aprendizes³⁰ prevista no art. 429 da CLT, dentre tantas outras.

Também não se pode deixar de reconhecer que, após a edição da Lei n. 13.467/2017, as certezas havidas anteriormente sobre os limites inderrogáveis desse patamar civilizatório mínimo, inclusive pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho em muitas ocasiões reconhecendo a impossibilidade da negociação coletiva avançar sobre espaços ocupados pela norma estatal, acabaram por ser abaladas, principalmente em razão do disposto no art. 611-A e art. 611-B da CLT, em razão do reconhecimento expresso da superação da força deôntica das autonomia privada coletiva em detrimento das normas heterônomas.

Assim que se mostra necessário, primeiramente, reconhecer a importância do reconhecimento da força normativa da autonomia privada coletiva como norma-princípio fundamental, portanto podendo colidir com outras normas-princípios de mesmo patamar fundamental, daí a defesa do necessário exercício da técnica ponderativa, conforme defendido até aqui.

Outro aspecto que merece novamente destacado é a importância de a negociação coletiva ser fundamentalmente compreendida como veículo de verdadeiro aperfeiçoamento da ordem jurídica, inclusive quanto às normas incorporadas de instrumentos normativos internacionais, nunca como um mecanismo de precarização dessa ordem jurídica já assentada.

Ultrapassados esses aspectos já aqui tratados, a possibilidade do avanço das negociações coletivas sobre a ordem jurídica estatal, o que não se questiona, desde que ultrapassados os testes já aqui tratados, há mais uma exigência umbilicalmente vinculada com a possibilidade da válida transação setorial, que se pode qualificada como observância real de concessões recíprocas, ou mais objetivamente como jogo do “perde mas também ganha”.

E esse caminho da validade do resultado final da negociação estar vinculada fortemente com a ideia de concessões recíprocas, nesse

30 Conforme decidido recentemente de maneira correta pelo TST. Cf. Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. ROT - 21744-88.2018.5.04.0000. Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos. *DEJT* 11.3.2021.

verdadeiro jogo do “perde mas também ganha”, já restou bem explicitada em diversas decisões do Tribunal Superior do Trabalho. Uma delas foi a que reconheceu a validade de norma coletiva entabulando, como contrapartida ao reconhecimento da hora noturna reduzida como duração normal, o aumento do adicional noturno em percentual superior ao previsto no art. 73 da CLT. Trata-se, portanto, de expresse reconhecimento das aqui mencionadas “concessões recíprocas”. Vejamos:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. HORA NOTURNA DE 60 (SESENTA) MINUTOS. PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. ADICIONAL NOTURNO SUPERIOR AO PREVISTO EM LEI. VALIDADE.

A jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que deve ser prestigiada a norma coletiva que, ao fixar a duração normal de sessenta minutos para a hora noturna, prevê, em contrapartida, o pagamento de adicional noturno em percentual superior ao valor garantido no artigo 73 da CLT. Na espécie, não se configura mera supressão ou mesmo redução do direito legalmente previsto, mas efetiva situação de mútuas concessões, mediante negociação coletiva de que trata o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal. Desse entendimento dissentiu o acórdão regional.³¹

Em resumo bem singelo: negociação coletiva foi concebida desde o início para elevar o patamar da proteção estabelecida pela lei, ou pelo menos para serem fixadas concessões bilaterais, de sorte que o resultado final continue mantendo a elevação do patamar da classe laboral pactuante.

7 CONCLUSÕES

Conclui-se esse breve estudo respondendo singelamente à pergunta apresentada logo no início: o Tribunal Superior do Trabalho, não obstante tenha desenvolvido relevante jurisprudência acolhendo e bem delimitando os parâmetros do avanço da força normativa da autonomia privada coletiva, principalmente antes da edição da chamada Lei da Reforma Trabalhista de 2017, ainda não delimitou minimamente essa discussão em nível constitucional

31 Tribunal Superior do Trabalho. 1. Turma. Proc. TST-RR-1020-96.2012.5.09.0012. Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa. DJ 5.2.2020.

(aliás, o Supremo Tribunal Federal também não), nos termos do aqui defendido, bem como vem mais recentemente decidindo de maneira equivocada sobre essa questão, sendo o registro de ponto por exceção um forte exemplo desse equívoco, e, mais recentemente, em decisão envolvendo a negociação coletiva no setor portuário,³² também errou de maneira relevante,³³ com potencial para modificar – para pior – os avanços, inclusive legislativos, alcançados nesse setor.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Conceito de validade do direito* (tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes). São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade das normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COSTA, Marcelo Freire Sampaio. *Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares*. Juízo de ponderação no processo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MELO, Geraldo Magela. Vedação ao retrocesso social. *Revista do Tribunal Regional da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 52, n. 82, p. 65, jul./dez. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 1982.

PINTO, José Augusto Rodrigues. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

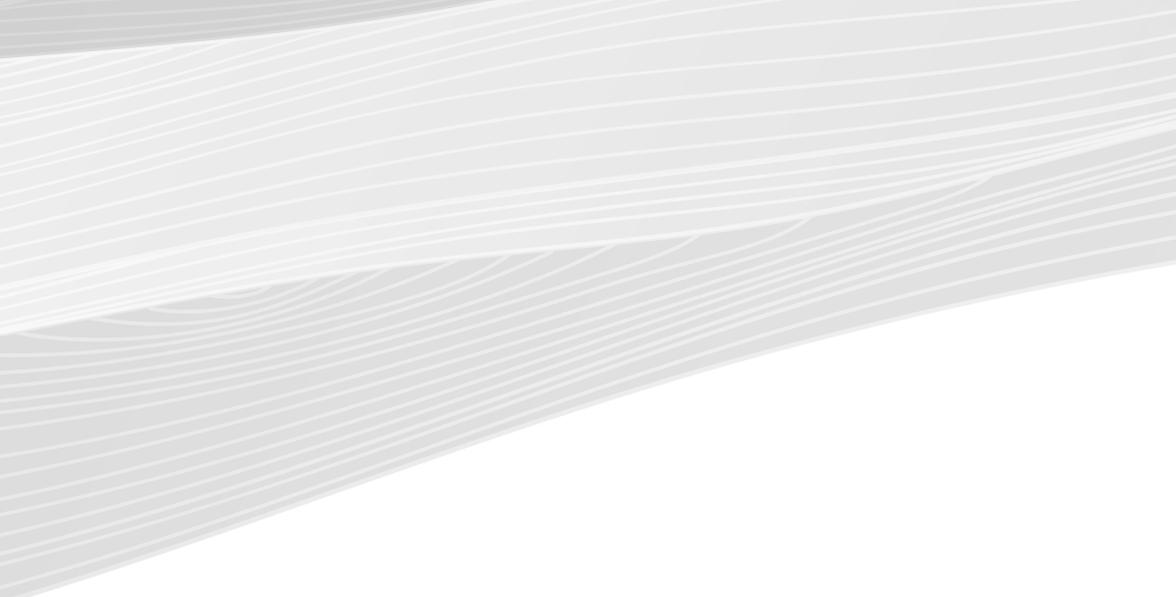
32 Tribunal Superior do Trabalho. Seção Especializada em Dissídios Coletivos. RO 636-89.2018.5.08.0000. Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado. *DEJT* 22.2.2021.

33 Tal erro será objeto de artigo específico.

ROMITA, Arion Sayão. O poder normativo da Justiça do Trabalho na reforma do Judiciário. *Revista do TRT – 1ª Região e Ematra*, Rio de Janeiro, n. 39, p. 60, jan./jun. 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro. *Negociação coletiva de trabalho nos setores público e privado*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.



MARCELO RODRIGUES PRATA

Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador do TRT da 5ª Região. Titular da Cadeira n. 88 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

O PROBLEMA DA OBRIGATORIEDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA ANTES DO DESPEDIMENTO EM MASSA

Sumário: 1 Introdução. 2 Conceito e importância da negociação coletiva. 3 Importância da negociação coletiva. 4 O tema da obrigatoriedade da negociação coletiva. 5 O problema da ausência de negociação coletiva nas despedidas coletivas. 6 A obrigatoriedade da negociação coletiva anterior à despedida em massa, segundo a Convenção 158 da OIT. 7 A incorporação de tratados e convenções internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. 8 A denúncia inusitada da Convenção 158. 9 A posição do STF quanto à Convenção 158. 9.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625. 9.2 O caso da despedida coletiva na Embraer – RE 999.435/SP. 9.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 486/RS. 10 A alternativa de interpretação do art. 13 da Convenção 158 como *soft law*. 11 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

José Augusto Rodrigues Pinto é um pilar do Direito do Trabalho brasileiro, cujo contributo à cultura jurídica é inestimável. Razão pela qual aceitamos com muita alegria o gentil convite partido do douto Manoel Jorge e Silva Neto, para falarmos em homenagem ao nosso grande Mestre sobre os desafios à autonomia negocial coletiva e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). A propósito, dentro deste tema, faremos um tentâmen de sugestão para enfrentamento do problema da obrigatoriedade de negociação coletiva antes do despedimento em massa no Brasil.

Aliás, a Constituição Federal de 1988, em seu Título II - *Dos direitos e garantias fundamentais*, no Capítulo II - *Dos direitos sociais*, garante em seu art. 7º, I, que é direito do trabalhador ter a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Entretanto, o mesmo dispositivo deixa à lei complementar a tarefa de prever a correspondente indenização compensatória, bem assim outros direitos daí decorrentes. Enquanto isso não

ocorre – e lá se vão mais de três décadas –, o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelece uma indenização, previamente tarifada, equivalente a 40% do saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) do trabalhador, a ser paga pelo empregador em caso de despedida sem justa causa.

Por outras palavras, o que aí era para ser provisório praticamente já se tornou definitivo, não sendo, assim, garantido ao empregado direito à informação quanto ao motivo da despedida, bem como ao respectivo contraditório. Em suma, até que a aludida lei complementar venha a ser, quiçá, promulgada, o empregador tem o direito potestativo de promover a despedida arbitrária ou sem justa causa.

De outro lado, quando se trata de dispensas coletivas – *sic et simpliciter* ignoradas pela CF/1988 –, além do drama individual de cada empregado que perde o emprego, bem como de sua respectiva família, temos um impacto socioeconômico considerável na comunidade. A propósito, só se consideram despedidas coletivas aquelas provenientes de uma mesma causa objetiva de fundo econômico, tecnológico ou estrutural.

Noutros termos, à situação do empregado brasileiro, que já é periclitante pelo fato de poder ser despedido arbitrariamente a qualquer momento – ressalvadas as poucas hipóteses de estabilidade provisória –, soma-se a insegurança da coletividade dos trabalhadores de uma mesma empresa que podem ser dispensados sem prévia informação aos seus representantes e, por conseguinte, sem negociação com a empresa. Ora, mister permitir-se aos entes coletivos ao menos tentar buscar uma saída menos traumática do que a pura e simples despedida em massa. Aliás, não bastasse a omissão da CF/1988, temos ainda o novo art. 477-A – inserido na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) pela atropelada Reforma Trabalhista de 2017 –, que *tout court* não distingue as despedidas individuais das plúrimas nem mesmo das coletivas.

Toda essa matéria será tratada com mais vagar adiante.

2 CONCEITO E IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva é um procedimento de diálogo, estabelecido diretamente entre as partes interessadas, com o fito de criação de normas coletivas, gerais e abstratas, dentro dos limites impostos

pelo ordenamento jurídico, destinadas a reger as relações individuais entre trabalhadores e empregadores, bem como estabelecer obrigações entre os entes coletivos. Aliás, caso ela seja bem-sucedida, terá como fruto a convenção ou o acordo coletivo de trabalho, nos quais seus termos serão corporificados (art. 2º da Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho – OIT).¹ Por sinal, poderíamos dizer que a negociação coletiva possui natureza jurídica de *transação*,² mediante a qual as partes fazem concessões recíprocas de modo a evitar ou sanar um conflito.³

3 IMPORTÂNCIA DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A negociação coletiva é instrumento da liberdade sindical e do princípio da autonomia coletiva. A intervenção do Estado nos conflitos coletivos não conduz a resultados duradouros, haja vista que sempre resulta em um vencido. A propósito, a relevância da negociação coletiva é tão grande que a CF/1988 a impôs, expressamente, para a adoção de quatro medidas fundamentais tanto para a coletividade dos trabalhadores quanto para a empresa. Vejamos: (a) a redução do salário (art. 7º, VI); (b) a compensação de períodos trabalhados (art. 7º, XIII); (c) a redução da jornada (art. 7º, XIII); e (d) a implementação de horários diferenciados nos turnos de revezamento ininterrupto (art. 7º, XIV).

De outro lado, não se pode olvidar que a negociação coletiva verdadeiramente livre não prescinde, na medida do possível, de igualdade material – e não apenas juridicamente formal – entre as partes negociantes. Vale dizer, é necessário o estímulo à formação de

-
- 1 “A negociação coletiva deve ser entendida como o complexo de entendimentos entre representações de categorias de trabalhadores e empresas, ou suas representações, para estabelecer condições gerais de trabalho destinadas a regular as relações individuais entre seus integrantes ou solucionar outras questões que estejam perturbando a execução normal dos contratos.” (RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 763).
 - 2 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Revista e atualizada por Regis Fichtner. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. III, p. 467-468.
 - 3 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020, p. 1671.

sindicatos democráticos, representativos, fortes e independentes, sem os quais não pode haver paridade de armas entre as partes, capaz de conduzir a uma negociação efetivamente justa, sob pena de perpetuação do conflito. Por sinal, Nelson Mannrich defende que não há verdadeiro pluralismo jurídico no Direito do Trabalho brasileiro, mas aí apenas pluralidade de fontes, sendo que “[...] nossa preocupação maior deveria voltar-se à democratização das fontes de produção da norma trabalhista [...]” e “[...] revitalizar a negociação coletiva, com vistas à elaboração mais democrática de suas normas”.⁴

Em verdade, o que temos atualmente no Brasil em relação ao Direito do Trabalho é um pluralismo jurídico em sua versão fraca, porquanto se manifesta tão somente nos limites estabelecidos pelo ordenamento de origem estatal e, pior, ainda com ressaibos de corporativismo. Isso impede a competição entre entidades pela disputa por maiores conquistas para os trabalhadores, que, por sua vez, poderiam optar pelo sindicato que lhes garantisse maior proteção, o que seria igualmente uma forma democrática de ampliar sua representatividade e legitimidade, fortalecendo a capacidade negocial das entidades sindicais.⁵

4 O TEMA DA OBRIGATORIEDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A CF/1988 privilegia a negociação coletiva como elemento capaz de reduzir conflitos sociais por meio do diálogo direto entre os interessados – aliás muito mais rentes à realidade do contexto no qual eles emergem (art. 8º, VI, §§ 1º e 2º). Tudo em homenagem ao Estado Democrático de Direito, à valorização do trabalho humano e da livre iniciativa (art. 1º, *caput* e IV), bem assim à função social da propriedade (art. 170, III e VIII).

Nessa linha, pode-se defender que a CF/1988 recepcionou o art. 616 da CLT, que, por sua vez, diz que sindicatos e as empresas, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.

4 MANNRICH, Nelson. Pluralismo jurídico e direito do trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 22, n. 66, jun. 2002, p. 17.

5 PRATA, Marcelo Rodrigues. *O princípio da “unitas multiplex” do trabalho sob demanda via aplicativos e sua regulação: prenúncio do devir das relações de trabalho pelas lentes da teoria dos sistemas*. 2020, 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020, f. 253-254.

Considerando que isso se traduz em conduta antissindical, muito embora, óbvio, não haja aí obrigação de se fechar um acordo, ao arrepio da autonomia coletiva,⁶⁻⁷ cabendo a convocação das partes pela Secretaria do Trabalho para criação de mesa redonda,⁸ no caso de persistir a recusa, é facultada aos sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo, sendo que se este for de natureza econômica, ou seja, se implicar encargos financeiros diretos, o art. 114, § 2º, da CF/1988 exige acordo entre as partes. Por seu turno, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem entendido que isso se trata de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo, ao tempo em que dá temperamento a essa matéria, ao entender que o silêncio da parte contrária durante o dissídio implica anuência tácita ao seu aforamento.⁹

De outro lado, a Lei de Greve, promulgada no rastro da CF/1988, impõe a negociação coletiva ou a via arbitral como requisitos para a decretação da greve (art. 3º da Lei n. 7783/1989).

Assim, causa espécie a ideia de que os sindicatos ou as empresas possam omitir-se quanto ao dever de tentar a negociação coletiva em caso de despedidas em massa, ao arrepio dos princípios que emanam de nosso sistema jurídico, sem que tenham de reparar o dano gerado por sua recusa.

Todavia, como vimos, o Direito do Trabalho brasileiro, muito embora considere obrigatória a negociação coletiva, não prevê uma sanção específica contra a parte que comprovadamente se recusa

6 LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 24. ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 1378; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 635-636.

7 Aliás, como é previsto no ordenamento de países centrais como Espanha, EUA, França, Portugal, Reino Unido e Suécia (V. FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 19. ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 890 e ss.). Já na Itália, porém, não é obrigatória a negociação coletiva antes de despedidas em massa (SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto dei lavori e dell'occupazione*. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2017, p. 32).

8 MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 628 e ss.

9 V. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROT-5941-25.2019.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, DEJT 3 mar. 2021.

a negociar. Aparentemente, a falta da negociação coletiva apenas acarreta autorização para a contraparte iniciar o movimento paralista ou ajuizar dissídio coletivo.¹⁰ Todavia, não se pode deslembrar que a ausência de sanção não invalida uma norma isolada, contanto que o ordenamento jurídico contenha sanções em seu conjunto.¹¹ Aliás, Caio Mário da Silva Pereira nos ensina a respeito do ato ilícito que este “[...] importa na violação do ordenamento jurídico” (grifo do original).¹² Isso significa que o agente do ato ilícito deve reparar o dano – arts. 186, 187 e 927 do CC/2002. Por sinal, v.g., nessa hipótese, são expressamente previstos multa, reintegração ou indenização do trabalhador nos arts. 361 e 389 do Código do Trabalho português.¹³

Nada obstante, é preciso reconhecer que não havia nenhum dispositivo no ordenamento brasileiro tratando especificamente sobre a exigência de negociação coletiva antes do despedimento coletivo nem sequer sobre este último. Ao contrário do que preveem, e.g., os arts. 359 a 361 do Código do Trabalho de Portugal. Como se não bastasse, repita-se, a Reforma de 2017 inseriu o seguinte na CLT:

Art. 477-A. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação.

Ao que tudo indica, aí o apressado legislador reformista esqueceu-se das distinções doutrinárias entre (a) dispensas individuais (por motivos *subjetivos*); (b) plúrimas (em geral, por uma mesma questão disciplinar, como a participação em greve ilegal, podendo ser contratados outros em substituição dos desligados); e (c) coletivas – há aí a intenção de reduzir o quadro de pessoal, em virtude de uma mesma *causa objetiva* de ordem econômica, tecnológica ou por

10 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 150-151.

11 BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 166 e ss.

12 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil*. Teoria geral de direito civil. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I, p. 654.

13 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho: parte II – situações laborais individuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 961 e ss.

força de reestruturação da empresa.¹⁴ Tornou-se assim de súbito desnecessária a negociação coletiva nas hipóteses de despedidas em massa, ao arrempio do art. 1º, *caput* e IV, do art. 8º, VI, §§ 1º e 2º, e do art. 170, III e VIII, da CF/1988, bem como do referido art. 616 da CLT. Não fora isso o bastante, o art. 7º, I, da CF/1988 prevê que caberá à *lei complementar* o regramento da despedida arbitrária ou sem justa causa, sendo que a Reforma referida foi implantada por lei ordinária (Lei n. 13.467/2017).¹⁵ Aliás, o desprezo à boa técnica legislativa aí fica evidente quando no corpo da mesma Reforma se inseriu na CLT, na linha do assentado no RE 590.415/SC:

Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes.

Noutros termos, contamos hoje com uma CLT reformada na qual se exige a negociação coletiva para validade da quitação oferecida em virtude de plano de desligamento coletivo, mas, contraditoriamente, nada impõe em termos de negociação coletiva como requisito para a despedida em massa.

Por sinal, o ordenamento jurídico pode ser entendido como um sistema, cuja *unidade* se encontra na Constituição, em que se baseiam todas as demais normas.¹⁶ De outro lado, as normas não podem conflitar entre si, haja vista que o ordenamento exige *coerência*, sob pena de ele entrar em estado de desordem (entropia).¹⁷

Aliás, Delgado defende a inconstitucionalidade do art. 477-A da CLT com base em princípios constitucionais, como os da dignidade

14 GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *Revista LTr*, São Paulo v. 38, n. 7, 1974, p. 575-579; FERNANDES, 2019, p. 765 e ss.

15 ALMEIDA, Renato Rua de. Estabilidade no emprego. In: LEITE, C. H. B.; EÇA, Vitor Salino de Moura (coords.). *Direito e processo do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa Filho*. São Paulo: LTr, 2019, p. 87.

16 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti e revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 211; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1310.

17 BOBBIO, 2010, p. 250-254.

da pessoa humana; valorização do trabalho; função social da propriedade e participação dos sindicatos nas negociações coletivas; sustenta ainda que só por LC a matéria poderia ser apreciada.¹⁸ Sem embargo, o referido artigo já vem sendo mobilizado na fundamentação de votos proferidos no STF, como veremos adiante.

Resta saber como a jurisprudência reagirá a isso.

Aliás, o Pleno do TST, em 2018, entendeu não caber o ajuizamento de *dissídio coletivo de natureza jurídica* para dirimir o conflito gerado por despedidas em massa.¹⁹ Por outro lado, no bojo de *ação civil pública*, a 2ª Turma do TST já decidiu, neste ano de 2021, pela necessidade de prévia negociação coletiva antecedente à despedida coletiva.²⁰

5 O PROBLEMA DA AUSÊNCIA DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA NAS DESPEDIDAS COLETIVAS

Em 2009, por força do ajuizamento de dissídio coletivo, com pedido de liminar, impetrado pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região e outros contra a Empresa Brasileira de Aeronáutica (Embraer S.A.) e outra, o TST fixou a tese de que “a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores”.²¹ Além disso, arbitrou indenização no valor do aviso prévio aos trabalhadores proporcional ao tempo de serviço de cada um deles. Isso antes mesmo que a

18 DELGADO, 2020, p. 1361-1364.

19 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO-10782-38.2015.5.03.0000, Tribunal Pleno. Redatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 16 abr. 2018. V. tb.: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO-7428-69.2015.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 17 set. 2019.

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-201-32.2013.5.24.0005, 2ª Turma. Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 26 fev. 2021.

21 Segundo Nelson Mannrich, “[...] o conceito de dispensa coletiva corresponde, em geral, à ruptura do contrato de trabalho provocada por uma idêntica causa, de natureza objetiva que, durante um determinado período de tempo a ser definido em lei, atinge certo número de trabalhadores” (MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. *E-book*, p. 452).

proporcionalidade do pré-aviso tivesse sido instituída pela Lei n. 12.506/2011.²²

Daí se extrai que para o TST, muito embora seja direito potestativo do empregador despedir os respectivos empregados, quando se trata de dispensa em massa, deve-se tentar negociar uma solução menos traumática para um ato que gera indiscutível impacto socioeconômico. Vale dizer, o sindicato deve ser informado com razoável antecedência sobre a intenção de despedida coletiva e ser convocado a buscar alternativas menos prejudiciais à comunidade.²³

6 A OBRIGATORIEDADE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA ANTERIOR À DESPEDIDA EM MASSA, SEGUNDO A CONVENÇÃO 158 DA OIT

Segundo o art. 1º da Convenção 158 – Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, o regramento da convenção em análise deverá ocorrer de acordo com o sistema jurídico de cada país, ressaltando-se a prevalência dos instrumentos coletivos, da arbitragem, da decisão judicial ou outro modo de acordo, consoante o costume local. Por sua vez, o art. 13 da mesma convenção trata do término da relação de trabalho por motivos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos. Ocasão em que o empregador deverá *informar* em tempo hábil aos representantes dos empregados sua intenção de promover dispensa coletiva, a estimativa do número de despedidos, bem como a data em que ela deverá ocorrer. Os aludidos representantes deverão ter *oportunidade para consultar a categoria* quanto às possíveis *alternativas* para atenuar a situação, inclusive quanto à tentativa de relocalização dos despedidos no mercado de trabalho.

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RODC-30900-12.2009.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 4 set. 2009.

23 Isso a exemplo do *lay-off*, que no ordenamento trabalhista brasileiro pode se verificar com (a) a suspensão de contratos para requalificação profissional, prevista nos art. 476-A da CLT e no art. 2º-A da Lei n. 7.998/1990; ou (b) com redução temporária da jornada de trabalho e da remuneração, prevista no art. 7º, XIII, da CF/1988 e no art. 2º da Lei n. 4.923/1965; e (c) redução proporcional de jornada de trabalho e de salário, por acordo individual ou negociação coletiva, autorizada pelos arts. 7º e 24 da Lei n. 14.020/2020, criada em razão da pandemia do novo coronavírus, havendo aí também pagamento de auxílio emergencial pelo governo.

Noutros termos, a empresa que pretenda fazer uma despedida coletiva – em virtude de questões econômicas, tecnológicas, estruturais ou quejandos – terá de agir segundo os ditames da boa-fé objetiva.²⁴ Aliás, esta última é típica das relações obrigacionais, e seus respectivos *deveres anexos*, quais sejam: (a) o de correção; (b) o de cuidado e segurança; (c) o de informação; (e) o de cooperação;²⁵ (f) o de sigilo; e (g) o de prestar contas.²⁶

A propósito, a Recomendação n. 163 da OIT – Sobre a Promoção da Negociação Coletiva orienta: “7. (1) Medidas condizentes com as condições nacionais devem ser tomadas, se necessário, para que as partes tenham acesso à informação necessária a negociações significativas”. Além disso, Renato Rua defende que a despedida coletiva, ou em massa, deve ser diferenciada da individual e precedida de uma obrigatória negociação coletiva com o sindicato ou com os representantes eleitos dos empregados na empresa – consoante a Convenção 135 da OIT – Sobre Proteção de Representantes dos Trabalhadores, 1971, ratificada em 18 de maio de 1990, e a Convenção 154 da OIT – Sobre Fomento à Negociação Coletiva, 1981, ratificada em 10 de julho de 1992.²⁷

7 A INCORPORAÇÃO DE TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Convenção 158 entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985. Por sua vez, esta mesma convenção foi aprovada

24 Arts. 1º, III, 3º, I, 5º, *caput* e 170, III, da CF/1988, art. 422 do CC/2002 e art. 51, IV, do CDC. V. tb. arts. 51, 2 e 89, 1, § 3º, do Estatuto de los Trabajadores (MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 18. ed. Madri: Tecnos, 1997, p. 482 e ss.; OLEA, Manuel Alonso; GONZALES, German Barreiro. *El estatuto de los trabajadores*: texto, comentarios, jurisprudencia. 4. ed. Madri: Civitas, 1995, p. 255).

25 Na França, um comitê social e econômico deve ser consultado em caso de despedimento coletivo por motivo econômico apreciando-se a situação particular de cada empregado, conforme Code du Travail, arts. L1231-1 e ss.

26 ALMEIDA, Renato Rua. *A visão histórica da liberdade sindical*. Disponível em: http://www.calvo.pro.br/default.asp?site_Acao=MostraPagina&PaginaId=2&mPalestra_acao=mostraPalestra&pa_id=216. Acesso em: 4 mar. 2019. PEREIRA, 2012, p. 18-19; REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Professor Miguel Reale*, [s. l.], 16 ago. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/index.html>. Acesso em: 1º mar. 2007.

27 ALMEIDA, Renato Rua. A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 1, n. 63, p. 1600-1604, 1999.

pelo Congresso Nacional em 17 de dezembro de 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 68, sendo ratificada pelo governo brasileiro em 4 de janeiro de 1995 para entrar em vigor doze meses após. Inobstante a isso, sua eficácia jurídica no território nacional só se estabeleceu a partir da edição do Decreto n. 1.855/1996, mais precisamente quando o Executivo a publicou no vernáculo.

Aliás, após a EC n. 45/2004, tratados e convenções internacionais que cuidem de direitos humanos, uma vez homologados pelo Brasil, segundo processo legislativo próprio, inserem-se no ordenamento na qualidade de norma constitucional, caso sejam aprovados por quórum qualificado.²⁸ Além disso, mesmo os aprovados por maioria simples – antes, portanto, da EC n. 45/2004 –, posto que não possuam *status* de emenda à CF/1988, detêm *caráter supralegal* e *efeito paralisante* no que toca à legislação infraconstitucional incompatível com o tratado ou convenção internacional que trata de direitos humanos. Aliás, como foi assentado pelo STF em *leading case* sobre o tema da prisão civil do depositário infiel.²⁹

Por sinal, “conceituam-se direitos humanos como o reconhecimento de direitos à pessoa enquanto pessoa, derivados da dignidade própria da condição humana”.³⁰ A propósito, “os direitos humanos são colocados num ponto médio entre os valores jurídicos e os direitos fundamentais”.³¹ Aliás, os direitos fundamentais não se confundem com os direitos humanos, considerando que só aqueles positivados nos ordenamentos de cada país assim podem ser considerados,

28 Senão, vejamos o que diz a CF/1988: “Art. 5º [...] [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou um § 3º ao mencionado art. 5º, nos seguintes termos: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator: Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 3.12.2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104, DIVULG 4.6.2009, PUBLIC 5.6.2009, EMENT VOL-02363-06, PP-01106, RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, 2010, p. 29-165.

30 BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 121.

31 BARZOTTO, 2007, p. 18.

muito embora sejam tributários destes últimos, que devem constar de acordos internacionais e aspiram reconhecimento universal.³² Na verdade, a dignidade da pessoa humana é um macrovalor em favor do qual se articulam princípios como a liberdade, igualdade e fraternidade. De outro lado, "direitos humanos dos trabalhadores, por consequência, são os fundados na dignidade da pessoa humana nas suas dimensões jurídica, política e econômica".³³

Por sua vez, na Declaração Universal dos Direitos Humanos – promulgada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, há, sim, preocupação expressa com a liberdade de associação, de escolha de condições justas de trabalho, a proteção contra o desemprego, a equiparação salarial, a remuneração decente, a duração do trabalho, o repouso, as férias – arts. 20 e 23, 24 e 25. Contudo, não há aí menção específica à obrigatoriedade da negociação coletiva prévia às despedidas em massa.

Saliente-se que a negociação coletiva é um instrumento de concretização de direitos fundamentais. Inclusive ela é capaz de dirimir conflitos em caso de colisão entre estes direitos nos casos concretos, consoante o princípio da proporcionalidade.³⁴ Daí se conclui que apenas em uma interpretação ampla pode a negociação ser considerada como integrante do rol de direitos humanos. Nada obstante, a OIT – como reação ao avanço da Organização Mundial do Comércio (OMC) sobre questões trabalhistas no cenário da globalização – definiu, em 1998, quais das mais de 180 convenções aprovadas carregavam em seu ventre direitos humanos trabalhistas básicos.

Aliás, pode-se considerar a *liberdade sindical* como parte das liberdades civis e políticas adotadas pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).³⁵ Por consequência, como seu instru-

32 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia*. Manuscrito do autor, São Paulo, 2009, 274 f., f. 98; SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 933; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 35.

33 BARZOTTO, 2007, p. 21.

34 AGUIAR, Antonio Carlos. *Negociação coletiva de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 72-75.

35 BARZOTTO, 2007, p. 103-107.

mento, a negociação coletiva poderia ser tida como integrante do elenco dos direitos humanos trabalhistas.³⁶

Não fora isso o bastante, frise-se, a proteção contra o desemprego está expressamente inserida no art. 23 da DUDH e no art. 7º, I, da CF/1988, sendo que os *direitos sociais*, mais precisamente os trabalhistas, são direitos fundamentais.³⁷ Logo, em tese, contanto seja considerada vigente em território nacional pelo STF, a Convenção 158 estaria em posição hierárquica superior às normas infraconstitucionais, embora deva ser interpretada conforme a CF/1988.

8 A DENÚNCIA INUSITADA DA CONVENÇÃO 158

Inesperadamente, passados apenas sete meses, o governo denunciou a ratificação da Convenção 158, mediante nota enviada ao diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho. Em seguida, com o Decreto n. 2.100/1996, o presidente da República promulgou a respectiva denúncia, informando que a referida convenção aqui perderia vigência a partir de 20 de novembro de 1997.

Ocorre que o art. 17 da Convenção 158 expressamente prevê que, uma vez ratificada, ela terá prazo de dez anos de vigência, a contar de sua entrada em vigor, sendo que a denúncia correlata apenas se efetivará um ano após o correspondente registro, efetuado pelo diretor-geral da Repartição Internacional do Trabalho. Além

36 Diz a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que a Conferência Internacional do Trabalho: "2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a *liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva*; [...]" (grifo do original).

37 MANUS, Pedro Paulo Teixeira. I - Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. In: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coords.). *Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas* (arts. 6º a 11): uma homenagem aos 30 anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019, p. 77; SARLET, 2008, p. 301; SILVA NETO, 2018, p. 777-778.

disso, diante da omissão do país-membro em denunciar a referida convenção, esta será automática e sucessivamente renovada pelo mesmo período de dez anos.

Não fora isso o bastante, a CF/1988 determina:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...].

9 A POSIÇÃO DO STF QUANTO À CONVENÇÃO 158

O STF já se pronunciou sobre alguns artigos da Convenção 158, porém não precisamente quanto ao seu art. 13, que trata da negociação coletiva, como veremos a seguir.

9.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) 1625

Como vimos, o Executivo brasileiro simplesmente ignorou o art. 17 da Convenção 158, ao baixar o Decreto n. 2.100/1996, e assim deu azo à ADI n. 1625/1997. Por sua vez, o STF, que poderia dar cobro a essa situação de insegurança jurídica, não chegou a um veredicto final até hoje.

Aliás, num esforço de arqueologia jurídica para tentar recuperar, em síntese, a tormentosa tramitação do procedimento relativo à ADI em comento,³⁸ temos que apenas em 2.10.2003 reuniu-se o STF, em sessão plenária, para cuidar da matéria em foco. Ocasão em que votaram os ministros Maurício Corrêa (relator) e Carlos Britto no sentido de julgar procedente, em parte, o pedido para, emprestando ao Decreto n. 2.100/1996 interpretação conforme ao art. 49, inciso I, da Constituição, determinar que a denúncia da Convenção 158 da OIT condiciona-se ao referendo do Congresso Nacional, a partir do que produz sua eficácia plena. Em seguida, pediu vista dos autos o ministro Nelson Jobim, e, em 29.3.2006, este último votou pela improcedência da ação.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1625. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>. Acesso em: 12 mar. 2021.

Por seu turno, pediu vista dos autos o ministro Joaquim Barbosa, e, em 3.6.2009, vota pela total procedência da ação. Momento em que pede vista dos autos a ministra Ellen Gracie, que, em 11.11.2015, vota pela total procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade do Decreto n. 2.100/1996. Quando então pede vista dos autos o ministro Teori Zavascki, que, por sua vez, em 14.9.2016, vota pela improcedência do pedido. Quando então pede vista o ministro Dias Toffoli, cujo voto não chegou a ser publicado, pois, excluído em 31.3.2020. Além disso, em 19.2.2021, o processo em comento é retirado do calendário de julgamento pelo presidente, cujo desfecho estava previsto para ocorrer em 17.3.2021.

Em suma, há até agora quatro votos pela procedência do pedido e dois contrários, não se sabendo quando finalmente será julgado o processo relativo à ADI 1625 nem qual será o seu resultado. Cuida-se, portanto, de questão altamente controvertida que espera solução definitiva há mais de 23 anos... Isso é uma demonstração inequívoca da transcendência jurídica, econômica e social do tema da exigência de negociação coletiva prévia à despedida em massa. Por conseguinte, urge pronunciamento do STF a respeito, considerando a insegurança jurídica causada por sua dilatada indefinição.

9.2 O CASO DA DESPEDIDA COLETIVA NA EMBRAER – RE 999.435/SP

Nos autos do Recurso Extraordinário (RE) n. 999.435, apresentado em 26.6.2011, o Tribunal Pleno do STF, em 22.3.2013, reconheceu a repercussão geral da questão constitucional referente à necessidade de prévia negociação coletiva com o sindicato dos trabalhadores para dispensa dos empregados em massa (Tema n. 638). Contudo, tão somente em 19.2.2021 inicia-se o julgamento virtual correlato. A propósito, votou o ministro Marco Aurélio (relator) defendendo que o julgamento da ADI 1625, acima referida, não se trata de prejudicial em relação ao presente feito e, em apertadíssima síntese, que a despedida coletiva é direito potestativo do empregador, à falta de norma em sentido contrário, inclusive se escorando no dito art. 477-A da CLT.³⁹

39 BOSELLI, André. Toffoli pede vista e suspende julgamento sobre demissão em massa sem negociação. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/stf-suspende-julgamento-demissao-massa-negociacao>. Acesso em: 12 mar. 2021.

Por sua vez, votou no mesmo sentido o ministro Alexandre de Moraes, tecendo considerações a respeito das garantias já expressamente previstas no ordenamento em favor do trabalhador quando individualmente despedido sem justa causa. Alude igualmente ao art. 477-A da CLT. Finalmente, refere-se ainda à ADI 1480 MC, por meio da qual foram impugnados apenas os arts. 4º a 10 da Convenção 158/OIT.⁴⁰ Além disso, ela foi extinta por perda do objeto em face da denúncia da aludida, ou seja, não se fez aí coisa julgada material.⁴¹ Contudo, não se pode ignorar o “ganho hermenêutico”⁴² de um precedente surgido na fundamentação ali lançada na análise do caso concreto e, por consequência, sua força gravitacional exercida em relação a casos semelhantes futuros.⁴³

Finalmente, o julgamento em análise foi suspenso após pedido de vista do ministro Dias Toffoli em 23.2.2021.

9.3 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 486/RS

Em sede de Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 486/RS, contra um conjunto de decisões dos Juízos da 9ª e da 18ª Varas do Trabalho de Porto Alegre-RS, bem como do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, que condicionam a extinção de entidades da Administração Pública estadual à conclusão de negociações coletivas relativas à dispensa

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480 MC, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 4.9.1997, DJ 18 maio 2001, PP-00435. EMENT. VOL-02031-02, PP-00213. Disponível em: https://jurisprudencia.stfj.us.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201480%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 mar. 2021.

41 Aliás, de qualquer sorte, por sua própria natureza acessória e provisória, a tutela cautelar não permite a formação de coisa julgada material, exceto quando declarada prescrição ou decadência – arts. 810 do CPC/1973 e 310 do CPC/2015 (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004, p. 98-99 e 188-189).

42 LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 439.

43 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 176.

de trabalhadores dos referidos entes, o ministro Gilmar Mendes defendeu, em 10.10.2017, que “[...] se o próprio texto constitucional não faz nenhuma ressalva quanto à necessidade de conclusão de negociações coletivas, não me parece legítimo que interpretações judiciais imponham requisitos adicionais”. E assim concluiu pelo deferimento liminar, *ad referendum* do Pleno.⁴⁴

Já em 13.11.2020, o Pleno do STF reuniu-se para apreciar o pedido, sendo que os ministros Gilmar Mendes (relator), Marco Aurélio, Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia e Nunes Marques, no mérito, votaram no sentido de declarar a nulidade das decisões judiciais que condicionam a rescisão de contratos de trabalho de empregados públicos não estáveis à prévia conclusão de negociação coletiva, de modo a impedir que o Estado realize atos tendentes a descontinuar a atividade das fundações, sociedades de economia mista e autarquia estadual. Já o ministro Edson Fachin votou pela improcedência do pedido. Por sua vez, pediu vista dos autos a ministra Rosa Weber. Ocorre que já há maioria formada, sendo pouco provável que os referidos ministros venham a alterar seus votos até a proclamação do resultado do julgamento.⁴⁵

10 A ALTERNATIVA DE INTERPRETAÇÃO DO ART. 13 DA CONVENÇÃO 158 COMO *SOFT LAW*

José Eduardo Faria defende que uma das características mais marcantes do processo de globalização é a supremacia dos sistemas econômico e financeiro mundiais sobre os nacionais e locais. Fala-se até mesmo em uma nova *Lex Mercatoria*, em oposição à criada pelos mercadores europeus da Idade Média e que tinha aplicação internacional. Aliás, o Estado já não detém o monopólio da produção jurídica. Hoje se verifica um Direito de “textura aberta”. A exemplo do ordenamento de órgãos internacionais – ONU, OMC,

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/486-RS. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312967440&ext=.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

45 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/486-RS. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5282996>. Acesso em: 11 mar. 2021.

OTAN, BIRD, TWO, FMI, Banco Mundial, OIT, OCDE etc. –, resoluções de agências reguladoras, regulamentos de empresa, convenções e contratos coletivos que a cada dia ocupam mais espaço como fontes de Direito. Houve ainda um crescimento como fontes do Direito do chamado *soft law*, cartas, códigos de comportamento etc., que ao obterem força de coerção podem se tornar *hard law*.⁴⁶

Nessa linha, Teubner levanta a *tese do Direito reflexivo*, ou seja, aquele que tem como escopo promover sistemas de negociação por intermédio do direito.⁴⁷ Trata-se de Direito fruto de mesas redondas, que buscam uma nova fórmula de negociação social em que Estado e Direito não exercem o papel de direção, mas de guia da sociedade. Por outras palavras, eles cuidariam de uma “pilotagem social”, *id est*, de uma direção flexível. A função do Estado seria a de oferecer indicações ou promover incitações, sem caráter coativo no que tange ao conteúdo das normas, bem assim zelar pela adequação do procedimento do negócio.⁴⁸

Aliás, disse André-Jean Arnaud que “a negociação traz em si mesma uma virtude salvadora que, em tempos de crise, convida ao processo de reconciliação”.⁴⁹ Por sinal, no que toca à sua importância, Rodrigues Pinto ensina que a negociação coletiva é “[...] uma via de *remodelação* do Direito do Trabalho, que se abre em seu ramo *coletivo* e invade o *individual*, onde vão atuar as normas imperativas negociadas pelas categorias” (grifo do original).⁵⁰ A propósito, profeticamente, o mesmo juslaboralista há muito já vislumbrava uma tendência que se concretizou com o advento do art. 611-A da CLT,

46 FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 63. TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. *Impulso*, Unimep, Piracicaba, v. 14, n. 33, 2003, p. 14 e 18.

47 TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoiético*. Tradução de Hjalmar Newmark. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 148.

48 ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 22-24.

49 ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização*. Crítica da razão jurídica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2, p. 270.

50 RODRIGUES PINTO, 2007, p. 764.

inserido pela Reforma Trabalhista, ou seja, “[...] a ideia de prevalência do negociado sobre o legislado”.⁵¹

11 CONCLUSÕES

Com fincas no estudo acima, podemos ver que, desde sua publicação pelo Decreto n. 1.855/1996, espinhosa está sendo a jornada da Convenção 158 no Brasil – mais precisamente no que toca ao seu art. 13 – para conseguir ser assimilada pelo ordenamento jurídico. Isso com o fito de garantir a obrigatoriedade da negociação coletiva como requisito às dispensas em massa. Em que pese a seriedade da corrente que o defende, seria necessário que se superassem hercúleos obstáculos para tanto. Vale dizer, é preciso que sua denúncia pelo Executivo seja considerada inconstitucional pelo STF. Além disso, a convenção em comento deve ser reconhecida *norma supralegal*, por tratar de direitos humanos, pois só assim poder-se-ia defender seu efeito paralisante sobre o art. 477-A da CLT.

Em verdade, o art. 13 c/c o art. 1º da Convenção 158, interpretado com serenidade, não representa ameaça de obstáculo às despedidas coletivas, afinal, o que ali se propõe – em consonância com o sistema jurídico de cada um dos países signatários, ressalte-se – é que os representantes dos trabalhadores tenham direito à informação quanto ao plano de ser promovida dispensa coletiva. Isso de modo a buscar-se em tempo hábil junto à coletividade dos trabalhadores propostas de alternativas à empresa antes de se tomar semelhante medida, cujos impactos socioeconômicos são bem conhecidos.

De tal sorte que, independentemente de a Convenção 158 vir a ser considerada pelo STF como norma supralegal aqui vigente, sua importância como instrumento de fixação do princípio da negociação coletiva como antecedente lógico à despedida em massa não pode ser simplesmente desprezada. Assim, a exemplo da *Lex Mercatoria*, a convenção referida atuaria nos sistemas jurídicos pelo menos como *soft law*, ou seja, como norte para o ordenamento particular dos membros da OIT.

Aliás, em homenagem ao pluralismo jurídico, nada impede, ao revés, tudo recomenda seja inserida nos instrumentos coletivos

51 RODRIGUES PINTO, 2007, p. 766.

cláusula específica que estabeleça a obrigação de se negociar como requisito para o despedimento em massa. A propósito, saliente-se que negociação aí, obviamente, não pode ser entendida como obrigação de se concluir acordo nem muito menos como proibição de se fazerem dispensas coletivas, ao arrepio do princípio da livre iniciativa. Cuida-se aqui tão somente do dever da empresa de agir de forma leal com a comunidade que a acolheu, muita vez com generosíssimos subsídios.

Noutros termos, o que se espera é que a coletividade dos trabalhadores tenha ao menos o direito de ser informada quanto à intenção de despedimentos coletivos, podendo assim apresentar opções menos traumáticas. Vale dizer, o almejado é apenas o diálogo, amparado em informações fidedignas, presidido pela boa-fé, levando-se em consideração os princípios da solidariedade, da participação e da função social da propriedade. Tal entendimento seria capaz de contribuir, enfim, para uma renovação do Direito do Trabalho, aliás, como preconizado pelo augusto Rodrigues Pinto.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos. *Negociação coletiva de trabalho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ALMEIDA, Renato Rua de. A estabilidade no emprego num sistema de economia de mercado. *Revista LTr - Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 1, n. 63, p. 1600-1604, 1999.

ALMEIDA, Renato Rua de. A visão histórica da liberdade sindical. *Revista LTr*, São Paulo, p. 363-366, 1º mar. 2006. Disponível em: http://www.renatoruaemarcusaquino.adv.br/publicacoes/renato_rua_visao_historica.pdf. Acesso em: 12 mar. 2021.

ALMEIDA, Renato Rua de. Estabilidade no emprego. In: LEITE, C. H. B.; EÇA, Vitor Salino de Moura (coords.). *Direito e processo do trabalho: homenagem a Armando Casimiro Costa Filho*. São Paulo: LTr, 2019. p. 84-87.

ALMEIDA, Renato Rua de. O regime geral do direito do trabalho contemporâneo sobre a proteção da relação de emprego contra a despedida individual sem justa causa. Estudo comparado entre a legislação brasileira e as legislações portuguesa, espanhola e francesa. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 3, p. 336-345, mar. 2007.

ARNAUD, André-Jean. *Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização. Crítica da razão jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v. 2.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. Tradução de Denise Agostinetti e revisão da tradução de Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

BOSELLI, André. Toffoli pede vista e suspende julgamento sobre demissão em massa sem negociação. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/stf-suspende-julgamento-demissao-massa-negociacao>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1480 MC, Relator: Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 4.9.1997, DJ 18 maio 2001, PP-00435. EMENT. VOL-02031-02, PP-00213. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%201480%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1625. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF/486-RS. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312967440&ext=.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 466343, Relator: Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 3.12.2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-104, DIVULG 4.6.2009, PUBLIC 5.6.2009, EMENT VOL-02363-06, PP-01106, RTJ VOL-00210-02 PP-00745 RDECTRAB v. 17, n. 186, p. 29-165, 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO-7428-69.2015.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Aloysio Correa da Veiga, DEJT 17 set. 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RO-10782-38.2015.5.03.0000, Tribunal Pleno. Redatora: Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, *DEJT* 16 abr. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RODC-30900-12.2009.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relator: Ministro Mauricio Godinho Delgado, *DEJT* 4 set. 2009.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. ROT-5941-25.2019.5.15.0000, Seção Especializada em Dissídios Coletivos. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa, *DEJT* 3 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR-201-32.2013.5.24.0005, 2ª Turma. Relator: Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, *DEJT* 26 fev. 2021.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTr, 2020.

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

FARIA, José Eduardo. *O estado e o direito depois da crise*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERNANDES, António Monteiro. *Direito do trabalho*. 19. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

GOMES, Orlando. Dispensa coletiva na reestruturação da empresa: aspectos jurídicos do desemprego tecnológico. *Revista LTr*, São Paulo, v. 38, n. 7, p. 575-579, 1974.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Introdução à filosofia*. Manuscrito do autor, São Paulo, 2009, 274 f.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014.

LYON-CAEN, Gérard; PÉLISSIER, Jean; SUPIOT, Alain. *Droit du travail*. 24. ed. Paris: Dalloz, 2008.

MANNRICH, Nelson. *Dispensa coletiva: da liberdade contratual à responsabilidade social*. São Paulo: LTr, 2000. *E-book*.

MANNRICH, Nelson. Pluralismo jurídico e direito do trabalho. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 22, n. 66, p. 7-18, jun. 2002.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. I - Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. In: MARTINEZ, Luciano; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coords.). *Comentários à Constituição de 1988 em matéria de direitos sociais trabalhistas* (arts. 6º a 11): uma homenagem aos 30 anos da Constituição da República e aos 40 anos da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2019. p. 68-78.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MELGAR, Alfredo Montoya. *Derecho del trabajo*. 18. ed. Madri: Tecnos, 1997.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLEA, Manuel Alonso; GONZALES, German Barreiro. *El estatuto de los trabajadores: texto, comentarios, jurisprudencia*. 4. ed. Madri: Civitas, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: contratos*. Revista e atualizada por Regis Fichtner. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. III.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil. Teoria geral de direito civil*. Revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. I.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *O princípio da "unitas multiplex" do trabalho sob demanda via aplicativos e sua regulação: prenúncio do devir das*

relações de trabalho pelas lentes da teoria dos sistemas. 2020, 410 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho: parte II – situações laborais individuais*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. *Professor Miguel Reale*, [s. l.], 16 ago. 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/index.html>. Acesso em: 1º mar. 2007.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

ROTH, André-Noël. O direito em crise: fim do estado moderno? In: FARIA, José Eduardo (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 15-27.

SANTORO-PASSARELLI, Giuseppe. *Diritto dei lavori e dell'occupazione*. 6. ed. Torino: Giappichelli, 2017.

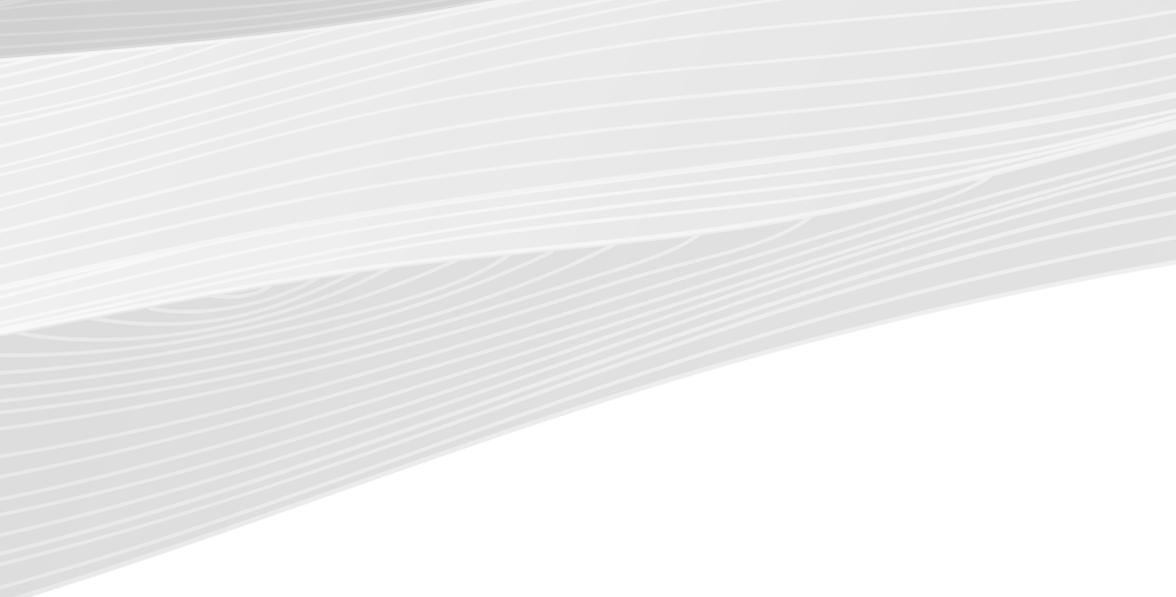
SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEUBNER, Gunther. A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. Tradução de Peter Naumann. *Impulso*, Unimep, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 9-31, 2003.

TEUBNER, Gunther. *El derecho como sistema autopoietico*. Tradução de Hjalmar Newmark. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo cautelar*. 21. ed. São Paulo: Leud, 2004.



NELSON MANNRICH

Professor Titular de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Coordenador do GETRAB-USP. Advogado. Mestre, doutor e livre-docente em Direito, pela USP.

TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE E A JUVENTUDE DO DIREITO DO TRABALHO: REFLEXÕES ACERCA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 DA CLT

Sumário: 1 Introdução. 2 Parágrafo único do art. 444 e desafios do Direito do Trabalho. 3 Princípio do *favor laboratoris* em face da autonomia da vontade. 4 Debate doutrinário e jurisprudencial. 5 Trabalhador *hipersuficiente*, segundo Georgenor de Souza Franco Neto. 6 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

A figura do trabalhador *hipersuficiente*, introduzida com a Reforma Trabalhista de 2017, aos poucos vai sendo objeto de maiores investigações. O acréscimo do parágrafo único ao artigo 444 da CLT trouxe perplexidade e, como não podia deixar de ser, acirrados antagonismos. Há quem resista a essa reforma, pois todos os empregados são igualmente tutelados pelo Estado, merecendo dele o mesmo grau de proteção; há quem aplauda, pois finalmente foi revisitada a autonomia da vontade, abrindo-se espaço para maior efetividade do Direito do Trabalho.

De qualquer forma, na prática, com cautela as empresas estão assimilando essa oportunidade de tratamento diferenciado, pelo maior dinamismo oferecido pelo legislador a essas relações de trabalho, como excelente ferramenta de gestão, num mundo globalizado e competitivo.

No fundo, a questão que se coloca envolve segurança jurídica – ter a certeza de que se pode negociar com esses trabalhadores condições até contrárias à CLT e com a mesma eficácia dos instrumentos normativos, sem resistência por parte da Justiça do Trabalho, exceto nos casos de fraude comprovada.

Apesar de muita insistência na sua possível inconstitucionalidade, até agora o STF não se posicionou a respeito desse assunto. Contudo há uma perspectiva positiva no sentido de que isso não ocorrerá, mesmo porque outras questões até mais relevantes, como a terceirização da atividade-fim, entre outras, receberam a chancela da mais alta Corte brasileira.

A introdução da figura do trabalhador *hipersuficiente* corresponde a um dos aspectos relevantes da reforma de 2017. Daí a necessidade de aprofundar o debate em torno desse tema, em especial de revisar o papel do Direito do Trabalho e os princípios que dão norte a questões estratificadas como protecionismo, autonomia da vontade e negociação individual *in pejus*.

Nessa perspectiva, para contribuir para o aprofundamento desse tão instigante tema, será examinado, em primeiro lugar, o parágrafo único do art. 444 da CLT, como mais um desafio a ser enfrentado pelo Direito do Trabalho. Em seguida, será examinada uma das questões mais caras ao Direito do Trabalho: o confronto entre o princípio do *favor laboratoris* e a autonomia da vontade, algo impensável quando o Direito do Trabalho atingiu sua maturidade, na chamada "era de ouro", pouco antes da grande crise de 1970. Com esse pano de fundo, colecionam-se posições doutrinárias, embora incipientes, e mesmo as primeiras decisões da Justiça do Trabalho, quando a jurisprudência vai se consolidando e mostrando o caminho a ser trilhado com segurança.¹

Por fim, cabe registro de que o propósito verdadeiro desse artigo é homenagear um dos vultos do Direito do Trabalho na atualidade: o professor e jurista José Augusto Rodrigues Pinto.

Aprendi a respeitar o professor Rodrigues Pinto não apenas como ser humano extremamente sensível e cordial, mas como jurista com reconhecida capacidade de comunicação. Pela sua incrível liderança e suas qualidades morais e intelectuais, é reconhecido

1 Nesse sentido, pelo ineditismo e pioneirismo, coloca-se em destaque estudo desenvolvido por Georgenor de Souza Franco Neto a respeito dessa temática. Trata-se de tese de doutorado, defendida perante a Faculdade de Direito do Largo São Francisco e vertida para obra, no prelo, publicada pela Editora LTr. O presente artigo é, pois, continuação das ideias que defendi por ocasião do prefácio do livro de Georgenor Neto (LTr, prelo).

como uma das personalidades mais respeitadas entre os que atuam com Direito do Trabalho.

Destaco, entre as diversas homenagens que recebeu ao longo de sua vida, a promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo, em 2018. Na ocasião, foi saudado por Joselita Nepomuceno Borba. Em seu discurso memorável, resumiu a espetacular trajetória do homenageado. Destaco dessa sincera saudação passagens que captam o sentimento que todos temos do Professor Rodrigues Pinto: "advogado sensível, juiz exemplar e sábio, educador e ser humano iluminado, amigo inigualável, pessoa acolhedora da juventude".

Obrigado, professor Rodrigues Pinto, pelas suas lições de vida e que continue iluminado para nos brindar com sua doutrina.

2 PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 444 E DESAFIOS DO DIREITO DO TRABALHO

A discussão clássica sobre Direito do Trabalho ficou estagnada no limiar do conceito de subordinação, como que para demarcar seu território exclusivo de atuação: quem está dentro dele é regidamente protegido; quem está fora pouca ou nenhuma forma de proteção merece.

Acontece que o Direito do Trabalho, como a própria sociologia, está condenado "à eterna juventude"² – não em razão da síndrome de Peter Pan, mas do dinamismo das próprias relações no mundo do trabalho.

Esse é o paradoxo: apesar desse aparente imobilismo, o Direito do Trabalho não pode se acomodar.

Isso porque o Direito do Trabalho, desde sua gênese, está como que obrigado à permanente renovação para acompanhar as transformações do mundo do trabalho, e assim se reinventar, no lugar da fácil acomodação preferida por alguns, para voltar-se com exclusividade ao trabalhador subordinado.

As novas tecnologias, em especial dos meios de comunicação, fustigam o Direito do Trabalho a se reinventar, obrigando-o a se atualizar e mesmo rever seus conceitos e visitar seus princípios.

2 A respeito, cf. SALLUM JÚNIOR, Brasília. Apresentação da coleção. In: LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais – Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 7.

Afinal, tudo gira em torno de um sujeito, razão em si do avanço das tecnologias e necessária e permanente intervenção do Estado: o homem, em seu sentido global, seja ele empregado ou desempregado; seja ele autônomo ou integrante de outra categoria de trabalhador.

O conceito clássico de empregado, que trabalha com subordinação para um único empregador, em tempo integral e mediante contrato de emprego por prazo indeterminado, como tal concebido em face do alheamento do Estado com questões sociais, quando do surgimento da Revolução Industrial, resultou dos debates teóricos iniciais, como reação às doutrinas liberais da época, do espírito individualista, sem espaço para os grupos, e à falácia dos dogmas da liberdade contratual e igualdade dos sujeitos contratantes, como se o Direito Civil fosse capaz de regular aquelas novas relações de trabalho no interior das fábricas.

Foram concebidos sistemas de proteção coerentes com as grandes questões sociais enfrentadas pelo operário, na fábrica, limitando-se apenas a esse tipo de trabalhador. No lugar de voltar-se para outras formas de trabalho, como a dos autônomos, preferiu fechar-se sobre si mesmo, com sua postura narcisista, culminando no que se convencionou chamar de "era de ouro" do Direito do Trabalho.

Com a crise dos anos 1970, o Direito do Trabalho, em especial seus conceitos e princípios, passou a ser questionado. Para os críticos da época e mesmo da atualidade, na visão cunhada como neoliberal, foi acusado de responsável pela falta de competitividade das empresas em vista do engessamento provocado pelo excesso de garantias, sendo colocado em xeque todo arcabouço teórico e mesmo legislativo, na busca de alternativas, para que o Direito do Trabalho, em sua mais aguda crise, continuasse sendo o centro propulsor da garantia e efetividade dos direitos sociais, sem necessidade de retorno ao Direito Civil, de quem não se havia se desligado por completo.

Sem resolver os impasses criados por essa crise, que ainda perdura, outros desafios vieram e novas formas de trabalho surgiram, ficando os novos trabalhadores, de modo particular os vinculados às plataformas digitais, à margem do Direito do Trabalho e de qualquer tipo de proteção por parte do Estado. O foco continuava sendo a minoria privilegiada dos que ainda conseguiam emprego.

Portanto, aí se encontra um dos grandes desafios do Direito do Trabalho, nesse mundo imprevisível e mutante do trabalho. Como

seguir o fluxo das mudanças sem perder seu importante papel de regulação, por meio dos ajustes necessários, para garantir a efetividade dos direitos sociais, da mesma forma como ocorreu quando da passagem do liberalismo para o intervencionismo, hoje revisitado.

Nesse contexto é possível pensar a figura do trabalhador *hipersuficiente*. A transição da hipossuficiência para a *hipersuficiência*, captada pelo legislador reformista de 2017, ao incluir o parágrafo único no art. 444 da CLT, reflete em parte algumas mudanças pelas quais passam as relações de trabalho.

3 PRINCÍPIO DO *FAVOR LABORATORIS* EM FACE DA AUTONOMIA DA VONTADE

A reforma trabalhista de 2017 criou a figura do *hipersuficiente*, colocando em xeque a principal característica do empregado, a hipossuficiência, sendo imprescindível o papel protecionista do Direito do Trabalho, em especial para tutelar a vontade do trabalhador.

As codificações do século XVIII, em especial o Código Francês de 1804, eram expressões da liberdade e garantia da vida privada. Como já alertava Amauri Mascaro Nascimento, esse debate em torno do pensamento liberal e do papel do contrato para assegurar o necessário equilíbrio nas relações econômicas, trabalhistas inclusive, é fundamental para se entender a gênese do Direito do Trabalho,³ e sua reação à matriz civilista, descompromissada com as questões sociais. Na concepção liberal, o indivíduo deveria ser libertado da opressão do Estado, e o contrato, regulado pelo Direito Civil, era expressão da igualdade das partes. Aliás, nesse sentido proclamava Fouillée: *o que é contratual é justo*.

Isso porque, concebido e consolidado como fruto da intervenção do Estado nas relações desiguais entre empregado e empregador, a construção das bases do que hoje conhecemos como Direito do Trabalho representou forte reação ao liberalismo, movimento dominante no período em que eclodiu a Revolução Industrial, nos anos 1780.

Havia necessidade de ruptura com certos paradigmas do Direito Civil, na contramão do pensamento liberal então dominante, passando o

3 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44 e ss.

Estado, de forma pragmática, a interferir a favor do trabalhador do chão da fábrica.

Essa intervenção representou a quebra de dois dogmas muito caros aos civilistas, referência inicial para regular as incipientes relações de trabalho, nas fábricas: o da igualdade dos sujeitos contratantes e o da liberdade contratual.

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho,⁴ em relação ao primeiro, a pretensão igualdade do empregado perante o empregador acabou colocando-o em uma posição de inferioridade, sendo compensada pela intervenção do Estado; em relação ao segundo, era ilusória a liberdade contratual nesse tipo de relação desigual. Ao contrário, era ambiente propício para uma "ditadura contratual" por parte do contratante mais forte.

Dentro desse contexto, foram construídas as bases do Direito do Trabalho, quando a intervenção do Estado, na elaboração do conteúdo contratual, facilitou a liberdade do trabalhador de contratar: a lei garantia seu conteúdo mínimo e obrigatório, ficando as partes liberadas para irem além. Esse sempre foi o sentido do art. 444 da CLT. Em outras palavras, o conteúdo do contrato não resultaria necessariamente da vontade das partes, mas da Lei, tornando *mais livre* a vontade do trabalhador.

De acordo com Alain Supiot,⁵ a autonomia da vontade, fundamento do vínculo de subordinação, é não só fundamento como justificativa da força das obrigações contratuais. Isso porque o indivíduo não pode ser obrigado além das obrigações a que sua vontade se comprometeu. Além disso, não se admite, em nome da igualdade, que a vontade de alguém seja imposta a outro sujeito; do contrário não haveria encontro de vontades livres. Nesse mundo ideal e ilusório para os trabalhadores, os homens apenas estariam submetidos a obrigações livremente aceitas por mútuo acordo. A ilusão dessa teoria, do início da Revolução Industrial, residia no fato de que o contrato de trabalho, para grande parte dos trabalhadores, não era uma possibilidade, mas uma necessidade, fruto

4 RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009, p. 51 e ss.

5 SUPIOT, Alain. *Critica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 1996, p. 140 e ss.

do desequilíbrio econômico e da própria necessidade de contratar. Nesse contexto, não havia liberdade de consentimento, podendo o empregado, quando muito, escolher para quem trabalhar, ficando mesmo assim na dependência do humor do mercado de trabalho.⁶

Mas, afinal, o trabalhador tem liberdade para contratar? Há espaço para a autonomia da vontade? Tatiana Sachs, quando coordenou o livro *"La volonté du salarié"*,⁷ lembra que determinado advogado, convidado para participar da obra, indagou: "vontade do empregado? Mas o empregado tem vontade?"⁸ De acordo com Tatiana Sachs, o particularismo do Direito do Trabalho em face do Direito Civil consiste precisamente "em limitar os espaços da expressão de vontade do empregado".⁹

Portanto, a necessária intervenção do Estado, no início da Revolução Industrial, se justificava inclusive para permitir que o contrato fosse expressão da igualdade substancial, impossível com a mera aplicação do Direito Civil.

No entanto, os tempos mudaram e o trabalhador e o próprio mundo do trabalho também. Ultrapassada a era da Revolução Industrial, nas suas duas primeiras versões, a humanidade se encontra na era da informação, que quase já se confunde com a da ampliação cognitiva, por todos já sendo vivenciada, na perspectiva de Martha Gabriel,¹⁰ ou, como ela prefere, da "era da inovação". O mundo do trabalho está migrando para a "era da inovação", onde o mecânico é substituído pelo digital e o "tangível" perde espaço para o "intangível".¹¹

Nesse contexto de profundas mudanças, deve-se pensar a reforma de 2017. Não colocou em xeque o valor do contrato, mas o papel da

6 Obra citada, p. 143-144.

7 A vontade do trabalhador.

8 SACHS, Tatiana. *La volonté du salarié*. Paris: Dalloz, 2012, p. VII.

9 SACHS, Tatiana. *La volonté du salarié*. Paris: Dalloz, 2012, p. VII.

10 GABRIEL, Martha. Conferência proferida no I Encontro do GETRAB, de 2021. Acesso: <https://youtu.be/ty2eBhAokTQ>.

11 Conferir texto publicado pelo GETRAB, a partir do resumo da palestra da prof. Martha Gabriel, feito pelo pesquisador do GETRAB Luiz Eduardo Amaral de Mendonça.

vontade na sua formação; tampouco ignorou o papel protecionista do Direito do Trabalho, apenas lhe deu novos contornos. Por isso questiona-se a ideia segundo a qual a validade de qualquer contrato de trabalho não depende da necessária intervenção do trabalhador para definir suas cláusulas, sendo fundamental apenas que seja livre para a elas aderir. Deve ser repensada a diretriz segundo a qual o próprio conteúdo do contrato de trabalho deve ser definido pela CLT – aliás, nem sequer há necessidade de contrato escrito, pois o contrato de trabalho corresponde à relação de emprego, nos termos do art. 442, da CLT.

Tradicionalmente, como afirmado acima, os contratantes só podiam fazer ajustes para melhorar o conteúdo mínimo de proteção, nos termos do art. 444 da CLT, mas sem nada retirar. Isso porque sempre se admitiu apenas *alteratio in melius* – jamais *in pejus*. Nesse contexto, foi elaborado o princípio do *favor laboratoris*, desdobramento do princípio de proteção: as partes podem contrariar o disposto na CLT tão somente para favorecer o empregado, jamais para lhe retirar direitos, uma vez que a norma trabalhista é inderrogável e os direitos trabalhistas são indisponíveis.¹²

A reforma de 2017 quebrou essa tradição, ao menos em relação ao empregado *hipersuficiente*, da mesma forma como procedeu o Código do Trabalho de Portugal. Este, na revisão de 2009, embora mantendo o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, na relações individuais, autorizou a contratação coletiva a estabelecer condições menos favoráveis que as asseguradas pelo Código, em seu art. 3º.¹³ Adotando essa orientação do Código português, a reforma de 2017 foi além, para atingir também algumas relações individuais de trabalho. Os *hipersuficientes* podem, como os sindicatos nas negociações coletivas, estipular condições de trabalho menos favoráveis que as oferecidas pela CLT.

Essa mudança de paradigma em relação ao *hipersuficiente* vem gerando vivo debate, não havendo por enquanto orientação sedimentada por parte da doutrina, tampouco da jurisprudência.

12 Sobre essa questão, ver MANNRICH, Nelson. Inderrogabilidade da norma trabalhista e indisponibilidade de direitos: algumas reflexões. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. Ano XVII, n. 17, 2009, p. 78 e ss.

13 Cf. a respeito desse tema, por todos, MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 105 e ss.

De qualquer forma, seja no caso dos trabalhadores em geral, seja no caso dos *hipersuficientes*, importa a justiça contratual, devendo ser os contratos justos nos limites da autonomia das partes. De acordo com Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa,¹⁴ de quem retiramos as observações acima, essa justiça contratual caracteriza-se “pela celebração de contratos mediante a livre expressão da vontade, e nos quais as prestações das partes sejam equitativas”. De acordo com Verçosa, ainda, deve-se impedir que a lesão e a onerosidade excessivas impliquem “desequilíbrio contratual real e não justificável”.¹⁵

Tais observações não apenas se aplicam à autonomia privada, no âmbito do Direito Civil, como de modo particular ao Direito do Trabalho, quando estiver em jogo a autonomia da vontade do *hipersuficiente*, por supostamente persistir a inferioridade econômica desse trabalhador, apesar de seu salário mais elevado e de seu diploma de curso superior.

4 DEBATE DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

O tema envolvendo empregado *hipersuficiente* ainda está em debate, tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

De acordo com Luciano Martinez,¹⁶ a exceção introduzida pelo legislador no parágrafo único do art. 444 da CLT é polêmica e extremamente criticada. Além dele, diversos autores consideram essa alteração verdadeiro retrocesso. Apesar de receber altos salários, na vigência do contrato, o empregado não se encontraria em plano de igualdade para negociar condições de trabalho, fora dos padrões da CLT.¹⁷

14 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. Seus efeitos nos contratos mercantis – alguns aspectos relevantes*. Tese para concurso de Livre-Docência para o Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 48.

15 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. Seus efeitos nos contratos mercantis – alguns aspectos relevantes*. Tese para concurso de Livre-Docência para o Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 48.

16 MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 120.

17 Cf., por todos, CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 111.

Segundo Cavalcante e Jorge Neto, ao conferir a mesma força dos instrumentos normativos ao contrato de individual de trabalho, o legislador incorreu em grave distorção do sistema, além de violar a própria Constituição da República, que exige participação do sindicato na negociação coletiva.¹⁸

Parte da doutrina posiciona-se favoravelmente a essa reforma do art. 444 da CLT. Ives Gandra da Silva Martins Filho,¹⁹ por exemplo, após referir-se à indisponibilidade de direitos e à proibição de o empregado dispor de seus direitos por simples manifestação da vontade, lembra que agora o legislador reformista de 2017 introduziu exceção a essa regra para beneficiar empregados *hipersuficientes*.

Como se vê, esse debate apenas começa a ser travado entre os doutrinadores, podendo-se inclusive colher na própria jurisprudência os primeiros subsídios. Assim, há decisões da Justiça do Trabalho no sentido de que não apenas esse tratamento diferenciado do *hipersuficiente* é constitucional, como o rol do parágrafo único do art. 444 da CLT, é apenas exemplificativo. Em consequência, seria possível beneficiar outras categorias, como atletas profissionais.²⁰ Em outras decisões, vêm-se admitindo validade de cláusula com quitação geral dada pelo *hipersuficiente*²¹, sinalizando mudanças de paradigma.

Por outro lado, há limites na interpretação do parágrafo único do art. 444 da CLT, não se admitindo, por exemplo, reduzir salário de forma tácita sob pretexto de se tratar de *hipersuficiente*, mesmo porque o salário é irredutível,²² salvo negociação coletiva.

Por fim, há decisões justificando essa escolha do legislador, seja do ponto de vista histórico, seja sob a ótica do dinamismo das relações de trabalho, mesmo porque "trabalhadores altamente

18 CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 111.

19 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 266.

20 Conf. TRT 3ª R.; ROT 0010636-07.2019.5.03.0113; Segunda Turma; Relª Desª Gisele de Cássia Vieira Dias Macedo; Julg. 13/10/2020; DEJTMG 15/10/2020; Pág. 319.

21 TRT 1ª R.; ROT 0101027-33.2018.5.01.0037; Segunda Turma; Relator José Antônio Piton, Data de Julgamento: 24/07/2019; DEJT 01/08/2019.

22 Trecho do acórdão TRT 3ª R.; ROT 0010315-28.2020.5.03.0180; Oitava Turma; Rel. Des. José Marlon de Freitas; Julg. 18/11/2020; DEJTMG 19/11/2020; Pág. 1445.

qualificados têm plenas condições de avaliar a conveniência de prestar serviços a outrem fora dos moldes da típica relação de emprego",²³ situações em que não se pode presumir vício de vontade. Aliás, conforme consta do acórdão acima referido, o legislador, ao estender ao *hipersuficiente* a capacidade de livre estipulação das condições de trabalho, em boa hora permitiu superar entendimento jurisprudencial anacrônico que vinha sendo adotado por parte expressiva da jurisprudência trabalhista.²⁴

Essa arguta observação do Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho bem atesta como as profundas transformações do mundo do trabalho e da própria sociedade foram captadas pelo legislador reformista de 2017, ao incluir o parágrafo único ao art. 444 da CLT.

Como se vê, a reforma de 2017, nesse particular, acabou reacendendo vivo debate sobre qual o necessário equilíbrio entre "intervencionismo" e "liberalismo", de modo particular qual a função do Estado nas relações de trabalho, e qual o papel da vontade no contexto das relações trabalhistas. Em síntese: haveria contradição entre "intervencionismo" e "autonomia da vontade"? Teriam alguns empregados, diferentemente dos demais, capacidade para dispor de sua vontade, pela maior igualdade em face de seu empregador, quando o contrato seria expressão legítima da vontade das partes?

5 TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE, SEGUNDO GEORGENOR DE SOUZA FRANCO NETO

Georgenor de Souza Franco Neto enfrentou o tema *trabalhador hipersuficiente* em sua tese de doutorado, defendida perante a Faculdade de Direito da USP. Encorajado pela banca, que o aprovou, resolveu publicar sua tese, o que ocorrerá, em breve. Pelo pioneirismo, seu livro certamente será uma referência teórica.

Essa nova figura – a do trabalhador *hipersuficiente* – é examinada por Georgenor Neto no confronto entre a tradicional proteção assegurada pelo Estado a todos os empregados, tidos como

23 Processo: AIRR - 10199-59.2019.5.03.0179, Relator: Augusto Cesar Leite de Carvalho; Publicação: 12/02/2021.

24 Processo: AIRR - 10199-59.2019.5.03.0179, Relator: Augusto Cesar Leite de Carvalho; Publicação: 12/02/2021.

hipossuficientes, de forma indistinta, e o reconhecimento explícito da autonomia da vontade em relação a alguns empregados – o *hipersuficiente*. Além de dispensar menor grau de proteção, esse empregado poderá negociar diretamente com o empregador, inclusive condições contrárias à CLT, em determinadas circunstâncias.

Este é o dilema levantado no livro de Georgenor Neto: se a principal característica do Direito do Trabalho é a proteção, seria possível criar categoria distinta de empregados, os chamados *hipersuficientes*, aos quais o legislador passaria a dispensar proteção mitigada? Teriam capacidade para negociar diretamente com o empregador condições diferenciadas de trabalho, mesmo contrariando a CLT, as quais podem prevalecer inclusive sobre acordos ou convenções coletivas? Em síntese, poderia a reforma de 2017 desafiar paradigmas de proteção consolidados ao longo da história do Direito do Trabalho e mesmo alterar a lógica da negociação?

Georgenor Neto se debruça sobre essas duas questões centrais: princípio de proteção (poderia o Direito do Trabalho continuar desempenhando seu papel histórico, abrindo mão do princípio de proteção, relativamente a alguns empregados?); e possibilidade de negociação direta com o empregador (estariam os empregados *hipersuficientes* habilitados a negociar condições diferenciadas de trabalho, inclusive contrárias à CLT e com preponderância aos instrumentos normativos?).

Ambas as questões estão entre si conectadas: como foi reconhecida a autonomia da vontade do *hipersuficiente*, não só houve redução do grau de proteção, como estaria o *hipersuficiente* apto a negociar com o empregador condições diferenciadas de trabalho, com paridade de armas.

Ora, em relação ao primeiro aspecto, o princípio de proteção foi apenas mitigado, pois continua todo aparato constitucional de proteção ao trabalhador, inclusive em face de sua dignidade e seus valores intrínsecos, e mesmo os de cidadania. Em relação ao segundo, a Reforma de 2017 colocou o trabalhador *hipersuficiente* no mesmo plano de igualdade do sindicato para efeito de negociação (mesma eficácia legal). Além disso, observados os limites possíveis do que se pode negociar, nos termos do art. 611 A, da CLT, as cláusulas negociadas têm prevalência sobre os instrumentos normativos (preponderância sobre os instrumentos coletivos). Neste ponto, para o

legislador, assim como o sindicato encontra-se em plano de igualdade de forças em face do empregador, também o *hipersuficiente* o estaria. Isso porque, ao contrário do que ocorre com os empregados em geral, quando a desigualdade destes em face do empregador é suplantada pela interferência protecionista do Estado, os trabalhadores *hipersuficientes* tiveram o reconhecimento pleno da autonomia da vontade, representando o parágrafo único do art. 444 da CLT, verdadeira "carta de alforria". De qualquer forma, esse reconhecimento diferenciado da autonomia da vontade não é *porta aberta* para prática de qualquer forma de injustiça contratual, por parte do empregador. Embora o conteúdo do contrato não mais se limite ao espaço estreito da CLT, é inadmissível qualquer forma de desequilíbrio contratual ou afastamento da equidade.

De acordo com Georgenor Neto, toda essa problemática do parágrafo único do art. 444 da CLT deve ser examinada com base na Constituição da República, à luz da doutrina neoconstitucionalista, sem se perder de vista a unidade do Direito do Trabalho.

A criação dessa nova categoria de empregados, para Georgenor Neto, não ofende o princípio da igualdade, tampouco retira do Direito do Trabalho seu papel protetivo. Isso porque é possível limitar o alcance do princípio de proteção sem descaracterizar o contrato de trabalho em si.

Georgenor Neto faz reserva apenas em relação aos critérios adotados pelo legislador, para caracterizar o *hipersuficiente*. Segundo ele, para manter a unidade do Direito do Trabalho e sua harmonia em face do princípio de proteção, e mesmo sua sobrevida como direito autônomo, deveria o legislador levar em conta a posição hierárquica do empregado, não os critérios adotados no parágrafo único do art. 444 da CLT (ter diploma de curso superior e receber salário superior ao dobro do teto dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social).

Uma vez alterados tais critérios, seria possível formar grupo mais homogêneo de trabalhadores com amplos poderes e com destaque na estrutura organizacional, sem a violação do princípio da igualdade. Por outro lado, ainda segundo Georgenor Neto, mesmo com mais poder de negociar condições de trabalho, o menor alcance de proteção ao *hipersuficiente* não afronta o texto constitucional. Isso porque nada impede que contratos contemplem diferentes âmbitos

de proteção, desde que mantidos os direitos fundamentais, consagrados aos trabalhadores em geral.

Como se vê, Georgenor Neto tem por mérito confrontar, à luz da Constituição da República, e em face dos princípios consagrados pelo Direito do Trabalho, a maior liberdade negocial com a menor proteção conferida ao *hipersuficiente*, observado o necessário equilíbrio contratual.

Como destacado por Georgenor Neto, esse tratamento diferenciado não é novidade. Há muito tempo, a legislação de diversos países, como Itália, Espanha e mesmo França, consagra tratamentos diferenciados de proteção para altos empregados, ocupantes de cargos de gestão.

Esse tratamento diferenciado também é assegurado pelo legislador brasileiro a determinados empregados, como atletas profissionais de futebol.

Isso porque, como já afirmava Johannes Messner, "os homens são iguais na sua natureza essencial; na sua natureza individual são desiguais".²⁵

6 CONCLUSÕES

O debate em torno da figura do trabalhador hipersuficiente, introduzida pela reforma trabalhista de 2017, com o acréscimo do parágrafo único do art. 444 da CLT, vai muito além do debate em torno dos critérios adotados pelo legislador para caracterizá-lo, ou mesmo do debate em torno da vocação protecionista do Direito do Trabalho, cristalizada na intervenção do Estado, ao substituir a vontade do trabalhador, pela lei, na construção do conteúdo do contrato de emprego.

A reforma de 2017 põe a descoberto algo mais profundo e paradoxal: o apego do Direito do Trabalho a um único tipo de proteção, oferecida a um único tipo de trabalhador – o trabalhador subordinado, como se os demais trabalhadores não deveriam ficar sob sua órbita, para garantir-lhes direitos básicos.

25 MESSNER, Johannes. *Ética social*. O direito natural no mundo moderno. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante e Editora da USP, s/d, p. 432.

Seria muito cômodo se as novas relações de trabalho, mesmo as envolvendo plataformas digitais, coubessem no espaço inicialmente demarcado pelo Direito do Trabalho, como se tudo fosse previsível e estável, como se verifica na ordem cósmica.

Mas isso não é possível, mesmo porque essa filosofia de Confúcio, da previsibilidade, foi contestada pelo taoísmo. De acordo com Chang Tzu, a ordem dos astros não é a mesma que se observa na Terra: aqui prevalece a lógica do imprevisível. Deve-se seguir o fluxo da vida na busca de bens como alegria e felicidade, da mesma forma como o nadador que pretende atravessar o rio não deve lutar contra a correnteza, mas seguir seu fluxo, para chegar à margem oposta com segurança. Segundo Frédéric Lenoir, de onde retiramos essa reflexão, não se trata de uma *não ação*, mas da devida adaptação, pois, "aceitando esse fluxo, optamos por acompanhar o movimento da vida".²⁶

A reinvenção do Direito do Trabalho corresponde a sua permanente adaptação às profundas mudanças que ocorrem no mundo do trabalho para, assim, garantir sua efetividade e sua *eterna juventude*. Esse um dos grandes desafios impostos a todos quantos pensam o Direito do Trabalho e refletem sobre ele e seu papel na atualidade. Firme em seus princípios, revisitados quando necessário, deverá se renovar e se reinventar para conseguir acompanhar, na mesma velocidade, as transformações do mundo do trabalho, extremamente dinâmicas e imprevisíveis.

Como se pode ver, esse debate, além de instigante, vai além da questão envolvendo empregado *hipersuficiente*.

REFERÊNCIAS

CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GABRIEL, Martha. Conferência proferida no I Encontro do GETRAB, de 2021. Acesso: <https://youtu.be/ty2eBhAokTQ>.

LENOIR, Frédéric. *Pequeno tratado de vida interior*. Rio de Janeiro: Cosme Velho, 2010.

26 LENOIR, Frédéric. *Pequeno tratado de vida interior*. Rio de Janeiro: Cosme Velho, 2010, p. 48.

MANNRICH, Nelson. Inderrogabilidade da norma trabalhista e indisponibilidade de direitos: algumas reflexões. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*. Ano XVII, n. 17, 2009.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MESSNER, Johannes. *Ética social. O direito natural no mundo moderno*. Tradução de Alípio Maia de Castro. São Paulo: Quadrante e Editora da USP, s/d.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. v. 1. Coimbra: Almedina, 2009.

SACHS, Tatiana. *La volonté du salarié*. Paris: Dalloz, 2012.

SALLUM JÚNIOR, Brasília. Apresentação da Coleção. In: LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais – Esboço de uma teoria geral*. Petrópolis: Vozes, 2016.

SUPIOT, Alain. *Critica del derecho del trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales. Subdirección General de Publicaciones, 1996.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O Código Civil de 2002 e a crise do contrato. Seus efeitos nos contratos mercantis – Alguns aspectos relevantes*. Tese para concurso de Livre-Docência para o Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

NEY MARANHÃO

Juiz Titular de Vara da Justiça do Trabalho da 8ª Região (PA-AP). Professor de Direito do Trabalho da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal do Pará (Mestrado e Doutorado). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Contemporaneidade e Trabalho” – GPCONTRAB (UFPA/CNPq). Professor convidado em diversas Escolas Judiciais de Tribunais Regionais do Trabalho. Titular da Cadeira n. 30 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira n. 25 da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo, com estágio de Doutorado-Sanduiche na Universidade de Massachusetts (Boston, EUA). Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade de Roma – La Sapienza (Itália). Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará.

FELIPE MENDES

Advogado. Professor de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho do Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa). Coordenador da Pós-Graduação em Direito Material e Processual do Trabalho do Cesupa. Doutorando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Cesupa. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Fundação Getulio Vargas (FGV).

DEMOCRACIA E SINDICALISMO NA CONTEMPORANEIDADE: BREVES NOTAS REFLEXIVAS

Sumário: 1 Introdução. 2 Sindicalismo, democracia e ambiência laboral. 3 Os desafios do sindicalismo na contemporaneidade. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, identificar um regime político como democrático significa compreendê-lo como uma forma de governo em que o povo governa. Em sua essência, o significado descritivo do termo “democracia” não se alterou, mas é revestido de historicidade e relatividade, o que permite modificações em seu significado valorativo.¹

A democracia saiu da condição de ideal revolucionário, no século XIX, para ocupar espaço central na política, ao longo do século XX. Ocorre que a concepção tradicional de democracia não foi capaz de atender adequadamente a alguns problemas, como os que dizem respeito às relações coletivas de trabalho, com destaque para o sindicalismo.

A constatação acima apresentada, isoladamente, impõe grandes desafios sobre a relação entre sindicalismo e democracia, que se multiplicam quando observados a partir dos fatos sociais contemporâneos. A dinâmica dos fatos sociais e a velocidade dos avanços tecnológicos na hodierna era digital exigem, dos sindicatos, o desenvolvimento de competências e habilidades antes desconhecidas.

Posto isso, o objetivo da presente pesquisa é analisar as conexões entre democracia e sindicalismo, com destaque para o papel dos sindicatos diante das complexas exigências da contemporaneidade.

1 BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 31.

2 SINDICALISMO, DEMOCRACIA E AMBIÊNCIA LABORAL

Bobbio² define a democracia a partir de três princípios institucionais. Primeiramente, como um conjunto de regras que determina quem são os autorizados a tomar decisões e quais os procedimentos que devem ser utilizados. Em segundo lugar, a democracia de um regime se mede pelo número de pessoas que participam da tomada de decisões. E, por fim, o filósofo sublinha que as escolhas a serem feitas devem levar em consideração a realidade.

Todavia, a realidade política e social, nas palavras de Touraine,³ é bem diferente daquela idealizada no modelo de Bobbio.⁴ Grandes organizações sociais, como os sindicatos, tiveram um peso elevado na vida política em geral. Contudo, as peculiaridades de suas formas de estruturação impediram que os preceitos trazidos por Bobbio⁵ fossem colocados verdadeiramente em prática em todos os níveis sociais, a exemplo da dinâmica laborativa, em que acabou se generalizando a ideia de que trabalhadores não participam, direta ou indiretamente, de qualquer tomada de decisão.

Deveras, entre outros fatores, a criticável concepção do ambiente de trabalho como espaço estritamente privado, onde o exercício do poder estaria concentrado exclusivamente nas mãos do proprietário dos meios de produção, contribuiu sobremaneira para esse estado de coisas. Por isso, é preciso continuar problematizando o papel das organizações sindicais na incrementação de democracia no seio social, nomeadamente porque tais entidades constituem o cerne de um dos setores mais importantes da vida em sociedade.

Recorde-se que *democracia* seria uma palavra pobre se a sua definição não fosse desenvolvida nos campos de batalha, nos quais tantos indivíduos combateram por ela.⁶ Essa, porém, é uma luta constante e que deve contar com representantes dos mais diversos setores sociais.

2 BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 5.

3 TOURAINE, Alain. *O que é a democracia*. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 19.

4 BOBBIO, 1986.

5 BOBBIO, 1986.

6 TOURAINE, 1996, p. 21.

Afinal, somente a partir de uma vontade democrática os indivíduos podem discutir, de igual para igual, com aqueles que detêm os recursos econômicos, políticos e culturais. Esse é o motivo pelo qual a negociação coletiva e a democracia industrial foram duas grandes conquistas da democracia.⁷

Assim se dá porque não se pode falar de democracia sem analisar o controle exercido pelos atores sociais sobre os poderes constituídos. Nesse contexto, a democracia "define-se como a penetração do maior número de atores sociais e coletivos no campo das decisões".⁸

Falar de democracia na esfera sindical, bem se vê, demanda uma análise da ideia de *participação*. Frequentemente, a palavra "participação" é utilizada de forma imprecisa. Nesse contexto, a participação:

Consiste basicamente na criação de oportunidades, sob as condições adequadas, para que as pessoas influam nas decisões que as afetam. Essa influência pode ser de pouca a muita [...] [participação] constitui um caso especial de delegação no qual o subordinado adquire um controle maior, uma maior liberdade de escolha em relação a suas próprias responsabilidades. O termo participação é usualmente aplicado à maior influência do subordinado sobre assuntos de responsabilidade do superior.⁹

Trazendo esse conceito para o mundo do trabalho, pode-se definir a participação como um processo por meio do qual os trabalhadores, assim como os empregadores, podem contribuir para a tomada de decisões que influenciem em seu cotidiano de trabalho. Nesse sentido, a participação configura-se quando as partes envolvidas nas relações de trabalho contribuem, ativamente, para a elaboração dos planos, das políticas e das decisões incidentes no contexto laborativo.

Como destaca Pateman,¹⁰ para que a ideia de participação seja útil para resolver os problemas relacionados à democracia nas relações de trabalho, é necessário que se realize uma análise rigorosa. Logo, a definição apresentada acima exclui as situações nas quais

7 BOBBIO, 1986, p. 22.

8 TOURAINÉ, 1996, p. 41.

9 MCGREGOR *apud* PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 93.

10 PATEMAN, 1992, p. 94.

um indivíduo apenas é informado sobre uma decisão que o atinge ou quando participa de uma reunião, sem que, contudo, exerça qualquer influência. Seguramente, não é desse tipo de participação que estamos a falar.

Também ressalta,¹¹ com inteira pertinência, que o ambiente de trabalho ocupa um lugar central na discussão sobre a viabilidade de uma sociedade participativa. Com efeito, é pouco restringir o papel do cidadão à escolha dos representantes políticos. Daí o porquê de enfatizar a necessidade de atuação do cidadão nas "áreas alternativas", como segue, *in verbis*:

Somente se o indivíduo tiver a oportunidade de participar de modo direto no processo de decisão e na escolha de representantes nas áreas alternativas é que, nas modernas circunstâncias, ele pode esperar ter qualquer controle real sobre o curso de sua vida ou sobre o desenvolvimento do ambiente em que ele vive. É claro que as decisões tomadas, por exemplo, no local de trabalho, na Câmara dos Deputados ou no ministério não são exatamente as mesmas, mas pode-se concordar com Schumpeter e seus seguidores pelo menos a este respeito: é de se duvidar que o cidadão comum chegue algum dia a se interessar por todas as decisões que são tomadas a nível nacional da mesma forma que se interessaria por aquelas que estão mais próximas dele.¹²

Miguel,¹³ de sua parte, salienta que, por intermédio do trabalho, surgiram oportunidades para a obtenção de informações acerca do mundo, proporcionando aos indivíduos um conhecimento mais preciso do funcionamento da política e da sociedade, o que implica um aumento da autonomia coletiva, fazendo com que o trabalhador assuma o controle de âmbitos importantes de sua vida cotidiana. Sendo o trabalho um dos principais núcleos da vida cotidiana de homens e mulheres, não há ambiente mais propício para o desenvolvimento da autonomia coletiva.

Qualquer concepção restrita de democracia cria obstáculos à afirmação daqueles interesses que precisam ser gerados de forma

11 PATEMAN, 1992, p.112.

12 PATEMAN, 1992, p. 145.

13 MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Unesp, 2014, p. 64.

coletiva, como é o caso dos interesses dos trabalhadores. Embora cada empregador tenha suas próprias aspirações, todos buscam a obtenção de lucro. Nesse sentido, existe um objetivo comum a todos, não obstante a concorrência no mercado. Contudo, a situação da classe operária é mais problemática. Maiores salários não constituem um objetivo unívoco, tal como o lucro, uma vez que concorrem com outros benefícios almejados, como melhorias no meio ambiente de trabalho.

A participação do trabalhador nos assuntos que dizem respeito aos seus interesses é essencial para alimentar e desenvolver as qualidades psicológicas requeridas para a participação política, em âmbito nacional.¹⁴ A autora entende que, quando o indivíduo usufrui de oportunidades de participar das decisões sociais, ele estará, do mesmo modo, apto a participar das outras decisões políticas.

Enfim, a participação nas áreas alternativas, como a dimensão laboral, capacita o cidadão a realizar, de modo mais preciso, a conexão entre as esferas pública e privada, que não estão de modo algum apartadas. A inserção do indivíduo em uma sociedade participativa faz com que ele esteja mais preparado para contribuir para a tomada de decisões importantes, como a escolha dos representantes nacionais. Diálogos decisórios no microcosmo laborativo também influenciam, portanto, a maturidade das decisões exercitadas no macrocosmo político, propriamente dito.

Entretanto, para vislumbrarmos a democracia nas relações laborais, precisamos ampliar a noção de "trabalho". Deveras, o trabalho não é somente a atividade que proporciona o sustento do indivíduo e determina seu *status* no mundo, mas abrange, também, "as atividades que ele realiza em cooperação com outros".¹⁵ Dentro desse conceito amplo, surge a importância dos sindicatos, que são espaços onde essa cooperação pode se manifestar.

A unidade dos trabalhadores é determinante para o êxito de suas lutas, uma vez que, apesar de os trabalhadores constituírem um grande contingente populacional, a sua expressão só possui ressonância quando eles edificam organizações que permitam a união

14 PATEMAN, 1992, p. 72.

15 PATEMAN, 1992, p. 77.

da classe. Segundo Antunes,¹⁶ a grande quantidade de trabalhadores é anulada quando há desunião. Nessa linha de raciocínio, os sindicatos sempre representaram o centro de organização dos trabalhadores visando ao alcance de uma melhor condição econômica, social e política. O movimento sindical é, pois, imprescindível para o desenvolvimento das condições materiais e existenciais da população que trabalha.

Por isso, as entidades sindicais não podem ser espaços em que reste garantida, apenas, uma participação parcial, perante a qual os trabalhadores afiguram-se meros coadjuvantes. Essa, infelizmente, no geral, é a realidade brasileira. Os sindicatos perderam, ao longo do tempo, o poder de barganha e o prestígio junto aos trabalhadores.

Tal constatação pode ser confirmada pelo conteúdo da maioria das convenções coletivas celebradas pelos sindicatos. Frequentemente, as cláusulas convencionais são as mesmas de vários anos atrás, sem que se promova um amplo debate com os trabalhadores acerca das suas necessidades. "O que temos, no Brasil, é um arremedo de negociação coletiva, em que a vontade do empresariado é imposta em troca de migalhas que concede aos que atendem aos seus interesses".¹⁷

Sem ação sindical, não há legitimidade e, sem legitimidade, não há reconhecimento.¹⁸ Um sindicato não reconhecido, que não é visto pelos representados como um efetivo canal de manifestação de demandas, está fadado ao insucesso, uma vez que perde a capacidade de falar e de agir por eles.

Sem dúvida, o sindicalismo precisa encontrar novas formas de organização que propiciem a articulação da população trabalhadora. O movimento sindical precisa ser incluyente, incorporando aqueles que estão alijados das discussões que repercutem, diretamente, em suas vidas, porque os trabalhadores são os mais legitimados a decidir sobre os caminhos que devem trilhar e, por consequência, as condições sociais e ambientais que almejam desfrutar.

16 ANTUNES, Ricardo. *O que é sindicalismo?* São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 12.

17 BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2019.

18 CARVALHO, Guilherme. Dessindicalização, institucionalização e representação sindical. *REED - Revista Espaço de Diálogo e Desconexão*, Araraquara, SP, v. 1, n. 2, jan./jul. 2009.

Ao longo da história do Brasil, grande parte dos direitos conquistados pelos trabalhadores decorreu das lutas do operariado.¹⁹ O resgate dessa tradição depende da atuação dos sindicatos. Atualmente, o movimento sindical vive uma crise de identidade, que faz com que a sociedade, como um todo, não consiga identificar onde os sindicatos se inserem no tecido social.

De fato, o papel dos sindicatos não se resume à celebração de convenções e acordos coletivos, uma vez que a representação abrange outros pontos, que, comumente, são negligenciados. Os sindicatos deveriam desempenhar, com frequência, funções como: negociar condições de trabalho dentro das empresas; organizar reuniões de trabalhadores; integrar comissões para a discussão de políticas de governo; falar, em nome dos trabalhadores, sobre questões de grande interesse público, dentre outras funções que sequer são conhecidas pelos trabalhadores e pela sociedade em geral.

Ferreira afirma que é necessário:

Reconstruir as políticas de antagonismo social de modo a conferir ao sindicalismo um novo papel na sociedade, um sindicalismo mais político, menos sectorial e mais solidário, um sindicalismo de mensagem integrada e alternativa civilizacional, onde tudo liga com tudo: trabalho e meio ambiente; trabalho e sistema educacional; [...] Em suma, a ação reivindicativa não pode deixar de fora nada do que afete a vida dos trabalhadores e dos cidadãos em geral.²⁰

A renovação do movimento sindical é, assim, um pressuposto para a democratização do trabalho e para o fortalecimento da voz coletiva. A consolidação de um sistema democrático nas relações de trabalho passa pelo aumento da participação dos trabalhadores na gestão das relações trabalhistas. Daí o porquê de o movimento sindical não poder se limitar a reações passivas ou à "oposição pela

19 Após inúmeros movimentos grevistas, o final da década de 1920 foi marcado pela edição de um considerável rol de leis tratando de diversos temas inerentes às relações laborais, tais como férias, acidentes de trabalho e proteção ao trabalho do menor.

20 FERREIRA, Antonio Casimiro. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos. (Re)pensar o direito das relações laborais. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002, p. 291.

simples oposição".²¹ O movimento dos trabalhadores não é somente um resultado da sociedade onde se desenvolve. É também uma contribuição original, uma força que se impõe. Ao estudar o sindicalismo, não se pode ignorar seu aspecto propulsor e sua margem de liberdade criadora.

O exercício dessa liberdade criadora depende, porém, de sindicatos fortalecidos, dotados de instrumentos que permitam a criação de um autêntico e democrático modelo de negociação coletiva. O fortalecimento dos sindicatos, entretanto, não é possível sem uma alteração do modelo vigente:

A necessidade de mudança no modelo brasileiro de relações de trabalho é uma constante que não se conseguiu levar a termo ao longo dos últimos anos. A democratização de nosso sistema jurídico de relações trabalhistas faz-se necessária há muitas décadas, já que fundamentalmente este sistema, de matriz ideológica corporativista, foi concebido para desenvolver um sistema legalista minucioso e tutelar no âmbito das relações individuais de trabalho. Por outro lado, ao estar permeado por uma tônica repressora e intervencionista no tocante às relações coletivas de trabalho, objetivando restringir a livre organização sindical e inibir o desenvolvimento de um sistema negocial efetivo, faz com que prevaleçam as interferências dos poderes Executivo e Legislativo, em detrimento da participação dos interlocutores sociais.²²

Como se vê, o aprimoramento da democracia depende de instituições que promovam a participação dos indivíduos nos processos decisórios perpetrados em diversos níveis sociais. Os sindicatos são capazes de mobilizar os trabalhadores, por intermédio do fomento das capacidades necessárias para o engajamento. Sindicatos fortes e autônomos representam a possibilidade real de resistência ao domínio, seja do Estado, seja dos detentores do poder econômico. Por isso, como outros movimentos sociais, são indissociáveis da democracia. Uma teoria da democracia deve ser política, porém não há como apartar a teoria política da análise das relações sociais

21 CROZIER, Michel. Sociologia do sindicalismo. In: RODRIGUES, Leôncio Martins. *Sindicalismo e sociedade*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1968, p. 16-17.

22 BIER, Clerilei A. Transformações nas relações coletivas de trabalho: por uma concepção democrática de sindicalismo. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 56, jun. 2008, p. 305-306.

e da ação coletiva. A evolução conceitual da ideia de democracia não pode ser entendida como o estabelecimento de um novo tipo de democracia, mas, sim, como a ocupação, também pelas formas ainda tradicionais de democracia, de novos espaços de discussão e deliberação. Um desafio e tanto.

Ora, os aspectos acima analisados, por si sós, impõem grandes desafios sobre a relação entre sindicalismo e democracia, conexão esta que ganha contornos ainda mais complexos quando analisadas no contexto dos fatos sociais contemporâneos.

3 OS DESAFIOS DO SINDICALISMO NA CONTEMPORANEIDADE

Historicamente, a atuação dos sindicatos se amoldou a um modelo de produção fordista, centrado em uma perspectiva clássica de subordinação, na qual o empregado recebe ordens de um empregador facilmente identificável, que assalaria e dirige a prestação dos serviços. Em grande medida, as entidades sindicais estavam habituadas a negociar para um único setor, sem a imposição de uma necessidade de diversificação das estratégias de atuação. O exercício do poder empregatício era essencialmente físico, tangível, material, geograficamente localizado.

Ocorre que no âmbito da reestruturação das relações entre capital e trabalho, especialmente neste século XXI, verificou-se o surgimento de diversas modalidades contratuais antes desconhecidas, bem como a proliferação de uma gama de vínculos não amoldáveis automaticamente aos requisitos caracterizadores de um vínculo empregatício, mas que, indubitavelmente, merecem a garantia de pilares mínimos de proteção. Eclodiu também uma miríade de artefatos técnicos propiciadores de pactuações em qualquer lugar do mundo, via empresas de plataformas digitais. Ademais, o controle e a gestão do trabalho se dão agora de maneira mais impessoal, por meio de engenhosas programações algorítmicas. O "trabalho 4.0", enfim, já é uma realidade.

Contudo, a dinâmica dos fatos sociais e a velocidade dos avanços tecnológicos na presente era digital têm trazido à baila as enormes dificuldades de se esperar uma atuação estatal regulatória do trabalho intermediado via plataformas digitais. A morosidade do processo legislativo e os cruentos embates ideológicos travados no

contexto de produção de leis – sobretudo leis trabalhistas – são dificuldades sociopolíticas que têm ganhado contornos bem mais problemáticos no mundo hodierno.

Eis a razão pela qual, sobretudo até que mínima regulação estatal advenha – porque assim entendemos necessário e oportuno –, no tocante à solução de conflitos coletivos, mesmo os típicos da sociedade digital, encaminhamentos maximamente democráticos, mediante fomento ao diálogo direto entre os próprios atores sociais, constitui circunstância que, a nosso sentir, no mundo do trabalho, potencializa a importância do papel de agremiações coletivas, inclusive sindicais, para um exercício plural do poder no seio de comunidades politicamente maduras. Eis o porquê de sindicalismo e democracia constituírem temas umbilicalmente jungidos.

Não é de se estranhar, porquanto a tensão histórica entre capital e trabalho sempre propiciou terreno fértil para discussões sociais e políticas de alto relevo, incrementando o jogo democrático. Afinal, consciência coletiva e resistência social, malgrado também envolvendo “sangue, suor e lágrimas”, têm sido ferramentas necessárias para a conquista de patamares civilizatórios mínimos no tocante não apenas à contratualidade laboral (basta recordar da pauta *ambiental*), mas à própria vida em sociedade como um todo.

Não por outro motivo, pontuamos, já de saída, que sindicatos e associações similares haveriam de deter papel relevante no que concerne à conscientização social e humanística de seus representados, despertando-os do torpor psicológico em que muitos estão mergulhados no contexto do capitalismo de plataforma.²³ A respeito desse massivo entorpecimento psíquico, trata-se, é bem verdade, de problemática geral em muito intensificada pela presente sociedade digital, por estarmos já habituados à realidade de sermos diuturnamente seguidos, analisados e modificados pela ação furtiva de operações algorítmicas que se alimentam de nossos dados comportamentais.²⁴

De todo modo, se problema geral ou não, o fato é que, em qualquer lugar e época, a vida demanda dignidade, e o exercício de um

23 A respeito, entre outros, confira-se: SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017.

24 ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019, p. 11.

trabalho significativo e relevante é essencial para a dignidade humana.²⁵ Desse modo, soa deveras preocupante, por exemplo, qualquer aceitação social irrefletida de diretrizes de organização de trabalho excessivamente marcadas pela fragmentação de operações, repetitividade de movimentos, monotonia nas tarefas, vigilância constante e gestão automatizada, circunstância que aponta para uma verdadeira inversão das relações entre o homem e a tecnologia. É que, com esse tipo de passividade coletiva, “ao invés da tecnologia ser ajustada à humanidade dos trabalhadores, estes estão sendo ajustados de corpo e alma à tecnologia, deixando inclusive de se importar com o tipo desumano de trabalho a que estão sujeitos”.²⁶

O que se defende é que também caberia aos entes representativos de trabalhadores, sobretudo entidades sindicais, refrear esse processo tecnicista de exigência de que as pessoas se adaptem ao “progresso”, e não o contrário, cabendo-lhes mesmo um papel significativo nesse processo. E ninguém há de refutar a assertiva de que revitalização identitária e social desse porte exprime pressuposto inarredável de uma democracia verdadeiramente madura e sadia, máxime no bojo do sempre tenso e intenso jogo de poder próprio à seara laboral.

Por falar em percepção socioidentitária, não custa rememorar que a ideia de máxima participação, e, com isso, alcance de maior tonicidade democrática à relação de trabalho, está plenamente afinada com a concepção de empresa como “comunidade de trabalho de pessoas vivas”.²⁷ De fato, usualmente, a concepção clássica de empresa, na esteira do capitalismo clássico, diz apenas com um locus eficiente de produção de lucro, ou seja, um sítio onde a sinergia dos fatores de produção ocorre exclusivamente com propósitos de obtenção de lucros no mercado. Nessa perspectiva, é fácil considerar a empresa tão somente como um simples objeto, cujo uso está exclusivamente atado ao direito de propriedade privada.²⁸ A bem da verdade, o debate do trabalho, em termos filosóficos,

25 HODSON, Randy. *Dignity at work*. New York: Cambridge University Press, 2001, p. 3.

26 GOUDZWAARD, Bob. *Capitalismo e progresso: um diagnóstico da sociedade ocidental*. Tradução de Leonardo Ramos. Viçosa: Ultimato, 2019, p. 164.

27 GOUDZWAARD, 2019, p. 232.

28 GOUDZWAARD, 2019, p. 231.

sempre acomodou mesmo essa tensão entre *visibilizar* ou *ocultar* a dimensão humana do trabalho.

Tal concepção materialista, porém, não reflete a realidade, jurídica e fenomênica, haja vista que a ambiência laboral nunca será uma singela "máquina de fazer dinheiro". Em sua dinâmica cotidiana, há pessoas, de carne e osso, em atividade de trabalho contratualmente engajadas, e cuja humanidade, aceite-se ou não, evidencia-se à revelia de pactuações formais ou concepções teóricas enviesadas. E uma das iniludíveis facetas dessa dimensão humana é justamente a *sociabilidade*. Eis o porquê de, a se entender a ambiência laboral como comunidade de seres responsáveis, com vez e voz para tomada de decisões relevantes, não apenas se incrementa o nível de democracia interna da comunidade laboral, senão que, o que é mais importante, contribui-se para quebrar a histórica violência da reificação humana no contexto laborativo.

Não à toa, nossa Constituição da República estabelece que a ordem econômica há de ser fundada também na *valorização do trabalho humano*, tendo por escopo assegurar *existência digna* a todos, conforme os ditames da *justiça social* (art. 170, *caput*), observando-se, entre outros vetores, a *função social* da propriedade (III). Conseqüentemente, qualquer tentativa de negação ou invisibilização do fator humano intrínseco a qualquer elo jurídico-laboral será sempre uma toska violência.

Já por isso, uma das legítimas concreções dessa escancarada axiologia constitucional humanista está exatamente na compreensão da "empresa" não como mero *centro de produção eficiente de lucro*, mas como *sítio propiciador de crescente florescimento humano*. Partindo desse prisma e atento mais particularmente ao que nos interessa neste breve ensaio, impõe-se considerar a corresponsabilidade dos trabalhadores no âmbito da tomada de decisões que diretamente os afetem, a ponto de o aumento da responsabilidade social das empresas ser também traduzido em maior corresponsabilidade por parte dos membros da comunidade de trabalho.²⁹ Noutras palavras, efetivamente, considerar a "empresa" como catalisadora de uma comunidade de pessoas responsáveis, em que todos hão de deter vez e voz em temas que apenas na aparência são de exclusivo interesse patronal (v.g., organização do trabalho,

29 GOUDZWAARD, 2019, p. 231.

valores corporativos, índices de adoecimento ocupacional, taxas de absenteísmo, dispensas coletivas, riscos ambientais etc.), inclusive aqueles afetos a opções *digitais* de gestão.³⁰

A propósito, deu-se na Espanha, recentemente, importantíssimo exemplo de como a ação obreira coletiva pode contribuir na visibilização da dimensão humana do mercado de trabalho, especialmente em tempos do tecnicamente intrigante capitalismo de plataforma. Na esteira do decidido pela Suprema Corte em setembro de 2020, que reconheceu natureza *trabalhista* ao vínculo havido entre entregadores e a plataforma digital Glovo, o Ministério do Trabalho espanhol decidiu deflagrar interessante processo de negociação com os atores sociais envolvidos, sendo que, após longo diálogo, representantes de trabalhadores de entrega e de empresas de plataformas digitais enfim chegaram a um acordo.³¹

Conforme o negociado, o Estatuto dos Trabalhadores da Espanha, por meio de vintouro decreto real, será atualizado a fim de reconhecer: I) presunção (relativa) de laboralidade quanto ao vínculo jurídico dos entregadores que prestam os seus serviços mediante plataformas digitais; II) direito dos trabalhadores de serem informados, por meio de suas representações legais, acerca de configurações algorítmicas ou sistemas de inteligência que possam afetar suas condições de trabalho, incluindo acesso e manutenção do emprego, bem como definição de perfis.³²⁻³³

Sem dúvida, trata-se de inequívoca demonstração de amadurecimento democrático, a valorizar a capacidade de negociação dos

30 FERNÁNDEZ, María Luz Rodríguez. Sindicalismo y negociación colectiva 4.0. *Temas laborales*, Sevilla, n. 144, 2018a, p. 31.

31 OPERAMUNDI. Suprema Corte da Espanha decide que entregador de aplicativo é funcionário. *OPERAMUNDI*, São Paulo, 24 set. 2020. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/66820/suprema-corte-da-espanha-decide-que-entregador-de-aplicativo-e-funcionario>. Acesso em: 14 mar. 2021.

32 GÓMEZ, Manuel V. La ley de 'riders' obligará a las empresas a informar a los sindicatos sobre los algoritmos que afecten a las condiciones laborales. *El País*, Madrid, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2021-03-10/trabajo-y-los-agentes-sociales-cierran-el-acuerdo-sobre-la-ley-de-riders-y-algoritmos.html>. Acesso em: 14 mar. 2021.

33 Até o término da construção deste artigo, o citado decreto real espanhol ainda não havia sido publicado.

próprios sujeitos sociais, inclusive no que se refere a direitos de alta complexidade técnica, como os ínsitos à sociedade digital. O episódio revela, também, que, nada obstante todas as críticas e proclamações de tom apocalíptico, o sindicalismo, em verdade, remanesce vivo. Mais que isso: está novamente ganhando força, sendo certo que o exemplo espanhol seguramente recrudescerá movimentos sociais similares e já existentes em outros países do mundo, sobretudo porque, por exemplo, a opacidade das diretrizes algorítmicas utilizadas por plataformas digitais de trabalho, com todos os riscos que essa gestão digital envolve, constitui problemática há muito denunciada por especialistas – inclusive, recentemente, pela própria Organização Internacional do Trabalho (OIT).³⁴

É preciso captar a real extensão da importância desse esplêndido exemplo. Inicialmente, não se há de interpretar essa novidadeira diretriz jurídica como algo simplesmente peculiar e próprio ao cenário sociojurídico espanhol. A polêmica acerca da natureza do vínculo jurídico firmado com plataformas digitais e a opacidade das configurações algorítmicas de gestão do trabalho constituem fenômenos assaz polêmicos e indiscutivelmente *globais* – fato confirmado, entre outros fatores, pelo hodierno interesse da OIT a respeito. Logo, o que ali se estabelecer, em terreno espanhol, constituirá material de reflexão crítica para todos os países do mundo, independentemente de suas peculiaridades locais.

Importante reiterar a relevância teórica e prática dessa discussão de natureza do vínculo, sendo certo que decisões judiciais de Cortes Supremas de vários países já sinalizavam por reconhecer sua genuína característica *laboral*, corroborando já uma forte tendência nesse sentido. A questão, ao que tudo indica, encaminha-se mesmo firmemente para a consagração da natureza trabalhista do liame que une prestadores de serviço e plataformas digitais, pelo menos se se levar em conta a específica situação da empresa-referência no assunto, a Uber, que acaba de anunciar a reclassificação de seus motoristas no Reino Unido para o *status* de “*workers*” (figura laboral intermediária entre o empregado subordinado clássico e o

34 INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *World employment and social outlook 2021: the role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Geneva: ILO, 2021.

prestador autônomo de serviço),³⁵ replicando, em parte, os termos do quanto recentemente decidido pela Suprema Corte britânica.

Todavia, essa problemática do vínculo, malgrado todo o justificado debate que envolve, não pode obnubilar discussões outras tão relevantes quanto, porquanto abarcadoras de situações igualmente afrontosas a direitos humanos e fundamentais. E a *gestão algorítmica do trabalho* é um desses delicados assuntos polêmicos e globais que há muito está a merecer nossa especial atenção.

Por isso – agora articulando especificamente nesse importantíssimo tema dos limites da gestão algorítmica –, não se tem como compreender esse vetor jurídico espanhol como tão só materializador do direito obreiro de ser informado. Tomar conhecimento da implantação de programação algorítmica influenciadora da ambiência de trabalho não é suficiente. Cumpre que se deixe de lado qualquer compreensão passiva e apequenada a fim de se admitir que, em *perspectiva teleológica*, o que se deseja mesmo é que, à luz de um cenário verdadeiramente democrático, aqueles que sofrerem os efeitos diretos da aplicação da inteligência artificial tenham efetivo e real *poder de influência* no debate do assunto. Em termos mais diretos: uma participação social *ex ante* e não apenas *ex post*, ou seja, cumpre que os trabalhadores tenham o direito de debater, de maneira prévia e aberta, com toda a experiência que carregam, não só a pertinência do uso algorítmico, como também sua própria concepção, seu desenho e seu desenvolvimento técnico.³⁶

E há mais: compreendendo-se o meio ambiente do trabalho em sua acepção conceitual contemporânea, como fenômeno resultante da interação sistêmica de fatores naturais, técnicos e psicológicos, inclusive quando afetos à própria *organização do trabalho*,³⁷ angariamos pavimentação científica suficiente para considerar a *gestão*

35 UBER 'WILLING TO CHANGE' as drivers get minimum wage, holiday pay and pensions. *BBC News*, [s. l.], 17 Mar. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-56412397>. Acesso em: 29 mar. 2021.

36 CALDERÓN, Carlos Gutiérrez. Algoritmos, inteligencia artificial y mundo del trabajo. *El Confidencial*, Madrid, 14 mar. 2021. Disponível em: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2021-03-14/algoritmos-inteligencia-artificial-mundo-trabajo_2989668/. Acesso em: 14 mar. 2021.

37 MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

algorítmica como tema tipicamente *labor-ambiental*, porquanto con-
dizente com o específico *arranjo técnico-organizacional* – aqui, um
arranjo estritamente *digital* – emprestado à execução do trabalho,
e que, direta ou indiretamente, pode influenciar na segurança e na
saúde (física ou mental) do ser humano que trabalha.³⁸

A conclusão jurídica que naturalmente se segue é que, mercê desse
seu especial cariz *jusambiental* (CRFB, art. 200, VIII), também sobre
a organização do trabalho – ainda quando pautada em diretrizes
técnicas de pura *inteligência artificial* – há de incidir, em vista do
direito fundamental ao *equilíbrio do meio ambiente laboral* (CRFB,
arts. 7º, XXII, e 225),³⁹ todos os clássicos princípios protetivos do
Direito Ambiental – com especial relevo, para o que aqui nos inte-
ressa, os princípios da *informação* e da *participação*. Portanto, mais
uma justificativa jurídica para a relevância de intervenções coleti-
vas, inclusive as de ordem sindical, nesse tipo de assunto.

Não se olvide, por fim, que a pandemia de Covid-19 também propi-
ciou que o sindicalismo – mormente o brasileiro – se confrontasse
com as duras exigências da contemporaneidade, sobretudo quanto
à instantaneidade da informação e à simplificação de procedimen-
tos. A respeito, uma das lições que ficará consiste na convicção de
uma necessária desburocratização da dinâmica deliberativa da
categoria e do próprio procedimento negocial, bem assim o estabe-
lecimento de regras claras e seguras para atuação célere em tem-
pos trágicos e mesmo de reiterado confinamento social.⁴⁰ Ou seja,
para além de otimizar o diálogo com seus interlocutores externos,
os sindicatos e as associações afins haverão de instituir novos e
criativos canais de diálogo com suas próprias bases, intensificando
também sua própria democracia interna.

38 MARANHÃO, 2017, p. 109.

39 A respeito, confira-se: MARANHÃO, Ney. Comentários art. 7º, inciso XXII, da
Constituição do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira;
SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coordenadores científicos).
Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 845-
850; MARANHÃO, Ney. Direito fundamental ao equilíbrio do meio ambiente
do trabalho. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; SARLET, Ingo Wolfgang;
MARANHÃO, Ney; FENSTERSEIFER, Tiago (coord.). *Direito ambiental do trabalho*:
apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2020. v. 5, p. 119-126.

40 MARANHÃO, Ney; MENDES, Felipe. Sindicalismo e pandemia: reflexões críticas.
In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (coord.).
Direito do trabalho na crise da covid-19. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 521.

4 CONCLUSÃO

Por esses e outros fatores, temos que o sindicalismo está se reinventando, cabendo-lhe o desafio quiçá de assumir papel de protagonista na garantia não apenas de direitos clássicos, como também daqueles de espectro mais contemporâneo, próprios à presente digitalização da vida e do trabalho, a exemplo dos direitos que envolvem gestão algorítmica, condições de teletrabalho, desconexão, proteção de dados, privacidade, inserção digital, alfabetização tecnológica, renda mínima, controle biométrico, reputação digital etc. Isso nos leva a crer, como bem destaca María Luz Rodríguez Fernández, que não estaríamos propriamente diante de uma crise do sindicalismo, mas, sim, de um particular modo de fazer sindicalismo.⁴¹

Os obstáculos que os sindicatos enfrentam no contexto da contemporaneidade não significam que eles não tenham mais qualquer função na democracia, mas que devem reestruturar-se, para que, por meio da capacidade de adaptação, possam reconquistar o seu papel de liderança institucional.

É dizer: o *futuro* que já é *presente* parece anunciar que a relação entre *democracia* e *sindicalismo* está ganhando um novo e promissor capítulo.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Ricardo. *O que é sindicalismo?* São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BIER, Clerilei A. Transformações nas relações coletivas de trabalho: por uma concepção democrática de sindicalismo. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 56, p. 305-320, jun. 2008.
- BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Direito sindical*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2019.

41 FERNÁNDEZ, María Luz Rodríguez. Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Valencia, n. 23, p. 70-91, 2018b.

CALDERÓN, Carlos Gutiérrez. Algoritmos, inteligencia artificial y mundo del trabajo. *El Confidencial*, Madrid, 14 mar. 2021. Disponível em: https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2021-03-14/algoritmos-inteligencia-artificial-mundo-trabajo_2989668/. Acesso em: 14 mar. 2021.

CARVALHO, Guilherme. Dessindicalização, institucionalização e representação sindical. *REED - Revista Espaço de Diálogo e Desconexão*, Araraquara, SP, v. 1, n. 2, jan./jul. 2009.

CROZIER, Michel. Sociologia do sindicalismo. In: RODRIGUES, Leôncio Martins. *Sindicalismo e sociedade*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1968. p. 9-42.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2015.

FERNÁNDEZ, María Luz Rodríguez. Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica. *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, Valencia, n. 23, p. 70-91, 2018b.

FERNÁNDEZ, María Luz Rodríguez. Sindicalismo y negociación colectiva 4.0. *Temas laborales*, Sevilla, n. 144, p. 27-41, 2018a.

FERREIRA, Antonio Casimiro. Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (Re)pensar o direito das relações laborais. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 257-297.

GÓMEZ, Manuel V. La ley de 'riders' obligará a las empresas a informar a los sindicatos sobre los algoritmos que afecten a las condiciones laborales. *El País*, Madrid, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://elpais.com/economia/2021-03-10/trabajo-y-los-agentes-sociales-cierran-el-acuerdo-sobre-la-ley-de-riders-y-algoritmos.html>. Acesso em: 14 mar. 2021.

GOUDZWAARD, Bob. *Capitalismo e progresso: um diagnóstico da sociedade ocidental*. Tradução de Leonardo Ramos. Viçosa: Ultimato, 2019.

HODSON, Randy. *Dignity at work*. New York: Cambridge University Press, 2001.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *World employment and social outlook 2021: the role of digital labour platforms in transforming the world of work*. Geneva: ILO, 2021.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Negociação coletiva e contrato individual de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2001.

MARANHÃO, Ney. *Poluição labor-ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MARANHÃO, Ney; MENDES, Felipe. Sindicalismo e pandemia: reflexões críticas. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (coord.). *Direito do trabalho na crise da covid-19*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 507-524.

MIGUEL, Luis Felipe. *Democracia e representação: territórios em disputa*. São Paulo: Unesp, 2014.

OPERAMUNDI. Suprema Corte da Espanha decide que entregador de aplicativo é funcionário. *OPERAMUNDI*, São Paulo, 24 set. 2020. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/politica-e-economia/66820/suprema-corte-da-espanha-decide-que-entregador-de-aplicativo-e-funcionario>. Acesso em: 14 mar. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PINTO, Almir Pazzianotto. *A velha questão sindical e outros temas*. São Paulo: LTr, 1995.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017 e da MP n. 808/2017*. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

SRNICEK, Nick. *Platform capitalism*. Cambridge: Polity Press, 2017.

TAVARES DE ALMEIDA, Maria Hermínia. *Crise econômica e interesses organizados: o sindicalismo no Brasil nos anos 80*. São Paulo: Edusp, 1996.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia*. Petrópolis: Vozes, 1996.

UBER 'WILLING TO CHANGE' as drivers get minimum wage, holiday pay and pensions. *BBC News*, [s. l.], 17 Mar. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/business-56412397>. Acesso em: 29 mar. 2021.

URIARTE, Oscar Ermida. Liberdade sindical: normas internacionais, regulação estatal e autonomia. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (coord.). *Relações coletivas de trabalho*. São Paulo: LTr, 1989. p. 249-267.

WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. *The gig economy: a critical introduction*. Cambridge: Polity Press, 2020.

ZUBOFF, Shoshana. *The age of surveillance capitalism: the fight for a human future at the new frontier of power*. New York: PublicAffairs, 2019.

RODOLFO PAMPLONA FILHO

Juiz do Trabalho. Professor Titular do Curso de Direito e do Mestrado em Direito, Governança e Políticas Públicas da Universidade Salvador (UNIFACS). Professor Associado III da Graduação e Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito desde 2013. Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação Online em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Contratual do CERS. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, da Academia de Letras Jurídicas da Bahia, do Instituto Baiano de Direito do Trabalho, da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC), do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil) e do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2000). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM) - (2012). Graduado em Direito (UFBA).

GILBERTO CARLOS MAISTRO JUNIOR

Professor Titular de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-SP e de Direito Civil na Faculdade de Direito de Sorocaba-SP. Coordenador Pedagógico do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da Faculdade de Direito de Sorocaba-SP. Coordenador Pedagógico do Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário da Escola Superior da Advocacia – OABSP - Núcleo Itaquera/São Paulo, dentre outros. Professor convidado em diversos programas de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Membro da CIELO Laboral – Comunidad para la Investigación y el Estudio Laboral y Ocupacional e da Associação Brasileira de Processualistas do Trabalho (ABPT). Membro efetivo do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Doutor (FADISP) e Mestre (UNIMES) em Direito. Especialista em Direito e Relações do Trabalho (Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-SP).

AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA, NEGOCIAÇÃO COLETIVA E PLURALIDADE SINDICAL: REFLEXÕES SOBRE A POSSÍVEL SUPERAÇÃO DEMOCRÁTICA DA CRISE DO MODELO SINDICAL BRASILEIRO

Sumário: 1 Introdução. 2 O papel da negociação coletiva de trabalho frente aos objetivos fundamentais da ordem democrática brasileira. 3 A Reforma Trabalhista e a aparente valorização da negociação coletiva de trabalho: alguns dos desafios e preocupações trazidos pela amplitude dada à prevalência do negociado sobre o legislado. 4 Uma nova experiência: a negociação coletiva em tempos de pandemia. 5 A imperiosidade de fortalecimento do ente sindical para a conquista dos objetivos democráticos da negociação coletiva de trabalho: o problema da unicidade sindical. 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A humanidade, nos últimos tempos, tem enfrentado muitos e constantemente renovados desafios advindos de diversas origens: de uma constante de alterações no plano dos costumes até o não menos revolucionário (e, portanto, disruptivo) impacto da tecnologia nas relações sociais e econômicas.

Entre tais fatores, que já tanto exigem no âmbito das relações econômico-sociais para fim de sua ordenada manutenção, os últimos tempos têm sido marcados pelos males carregados por uma sorrateira doença, alastrada pelo mundo na tão dolorosa pandemia causada pelo Sars-CoV-2: o novo coronavírus.

Em meio a esse turbilhão, a ordem social e econômica precisa ser mantida. Para tanto, as empresas precisam continuar as suas atividades e as pessoas precisam trabalhar – sob pena de a morte rondar os lares não apenas em razão da Covid-19, mas, talvez pior, pela lenta e cruel via da fome.

Mais do que nunca, pactos sociais precisaram – e ainda precisam – ser estabelecidos. Iniciativas oficiais governamentais podem e devem ser concretizadas, porém, não dispensam a conscientização da necessidade de responsabilidade social. É tempo de preservação de empregos e de condições dignas de vida para a nossa gente.

O quadro descrito, contudo, para além de toda a tristeza e destruição que representa, como se dá, no mais, com as grandes crises, possibilita o vislumbrar de uma luz de esperança, quer para vencer o mal atual, quer para projetar um futuro melhor, de relações mais pacíficas, justas e democráticas, inclusive nas relações de trabalho.

Como sabido, muitos foram os trabalhadores que perderam suas fontes de subsistência. Outros tantos foram chamados pelos empregadores à negociação para fim de *adequação* das condições contratuais de emprego, visando a manutenção deste. Nesse ponto, várias foram as iniciativas e os debates em torno da imprescindibilidade – ou não – da participação do sindicato da categoria profissional em cada uma dessas negociações.

Prevaleceu, ao final, a possibilidade de negociações *individuais* para superação do momento de crise – embora preservada a atuação sindical diferida.

Assim, passou a ser necessário o enfrentamento das seguintes questões: enfrenta-se uma possível crise do princípio da autonomia privada coletiva? A atuação dos sindicatos, na prática, demonstra a ineficiência dos procedimentos de negociação coletiva? Qual o futuro dos sindicatos?

Luz na escuridão, como dito. A análise de tal momento permite conduzir o debate a outro patamar: os entraves à atuação sindical esperada são de ordem *subjetiva* ou *objetiva*? O problema está nos *sindicatos* ou na *organização sindical brasileira estabelecida no plano constitucional*?

A crise remete à renovação do debate sobre uma urgente Reforma Sindical, que prestigie liberdade e pluralidade sindical, a bem do equilíbrio entre capital e trabalho e, assim, da construção democrática de uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária.

É o que se pretende sustentar nas singelas linhas traçadas adiante.

2 O PAPEL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO FRENTE AOS OBJETIVOS FUNDAMENTAIS DA ORDEM DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

O espírito humano anseia por justiça. Nessa trilha, a necessidade de convivência social, inerente à condição humana gregária, qualifica essa busca no sentido de exigir justiça *para todos*, o que, reconheça-se, representa um grande desafio ao individualismo que, naturalmente, caracteriza considerável parte das pessoas.

Afirma-se esta natural tendência humana a partir, também, do reconhecimento da escassez dos bens necessários ou, no mínimo, desejados, e dos influxos do convívio em uma sociedade pouco igualitária sobre o espírito das pessoas – em especial, as menos afortunadas.

A realidade, notada facilmente a partir de uma singela observação da dinâmica social, aponta para uma série de situações nas quais ou a pessoa persegue aquilo que lhe é necessário ou, ao final, ficará privada de tal bem e amargará as consequências dessa falta. Desenvolve-se, como instrumento de defesa, às vezes de modo imperceptível para si, a referida inclinação ao individualismo.

O mesmo se dá diante de outras situações sociais complexas e, infelizmente, não tão estranhas à realidade vivenciada e largamente noticiada no cotidiano brasileiro. Fatos marcantes na história recente nos mostram os impactos da corrupção, das práticas pouco democráticas, dos quadros de instabilidade econômica e social que afastam investimentos, atraem a recessão, maximizam a inflação e fomentam o desemprego, entre outras agruras já tão conhecidas e que, na contramão do que se esperava no decorrer da primeira década deste século,¹ tiveram sua presença intensificada na realidade do Brasil dos recentes e atuais tempos.

O retrato do que aqui se narra mostra, ainda, o desenvolvimento do espírito beligerante e extremista, além da polarização política, cujo resultado constitui mais malefícios do que vantagens.

Do ponto de vista jurídico, outrossim, aponta para verdadeiro divórcio no tocante à promessa constitucional de edificação de

1 Sobre o tema, vale conferir: BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 247.

uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), sem qualquer ordem de preconceitos e discriminações (CF, art. 3º, IV).

Ora, voltando à natureza gregária das pessoas humanas, por certo, a edificação de uma sociedade na qual se encontre verdadeira *liberdade*, em um contexto de *justiça e solidariedade social*, emerge como o cenário ideal para a efetivação do protoprincípio da dignidade humana (CF, art. 3º, I), alcançando-se, assim, o propósito maior traçado pela ordem jurídica em vigor.²

Nesse diapasão, há de se considerar que a *liberdade* exigida para tal fim não se confunde com um sentido meramente *formal* a que, não raro, se vê resumida. A *liberdade* perseguida, como objetivo fundamental a ser alcançado pela formação social brasileira, deve ser considerada sob o ponto de vista da *essência* de seus sentidos. Ora, *livre* é aquele que pode *optar, escolher* o destino que se mostre mais afinado aos seus propósitos, e não aquele que, pelas limitações impostas pela pobreza ou pela discriminação, é levado a *eleger* a via *menos dolorosa* ou, até, a identificar como *única opção* aquela que mitigue, imediatamente, as suas mais inafastáveis *necessidades*. Em outras palavras, tomado como pressuposto do que ora se trata a *vontade de viver*, aquele que *escolhe* sobreviver não está agindo de modo *livre*, mas, conduzido pela *escravidão sem grilhões visíveis* que caracteriza a sua existência naquele instante. De fato, escolher entre *ter o que comer* ou *negar-se a se submeter à hiperexploração* não se trata, propriamente, de exercício de liberdade.³

2 Sobre o tema, vide: MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012, p. 85-86.

3 Gustavo Binbenbojm, ao tratar do que chama de *liberdade igual*, afirma que: "Liberdade igual é um conceito paradoxal: somos igualmente livres para sermos diferentes. [...]. Ser livre é escolher para si e, em certa medida, também para os outros, de maneira compartilhada. Portanto, a liberdade – entendida como possibilidade de definir o próprio destino – é o atributo essencial da condição humana, que nos une e iguala numa empreitada coletiva. A visão da liberdade como algo essencial à humanidade do homem traduz-se, na tradição liberal, pela sua proclamação como valor fundante dos direitos individuais e da dignidade humana. Nesse sentido, a ideia de liberdade consiste em reconhecer a cada pessoa o direito de ter a sua própria concepção de bem e de estabelecer o sentido da sua vida sem interferências externas. Mas a liberdade de cada um deve conviver com a liberdade de todos." (BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade: o que é e por que importa*. Rio de Janeiro: História Real, 2020, p. 14). E continua, adiante: "É relevante observar que os direitos que compõem o mínimo existencial não

Considerada a realidade de uma sociedade capitalista, fortemente caracterizada pela desigualdade social, por certo, a concentração dos meios de produção na seara da propriedade de uma pequena parcela das pessoas que integram o corpo social conduz à mitigação das *liberdades*, ao menos no que se refere a uma delas: *trabalhar* em benefício do empreendimento alheio ou não.

Não há como negar que os obstáculos que devem ser superados pelo pequeno empreendedor são bastante desafiadores. Tudo começa pela precariedade do sistema educacional oficial, que, além de pouco isonômico e claramente desapegado à verdadeira meritocracia,⁴ não proporciona formação que permita o desenvolvimento do espírito empreendedor ou mesmo das condições mínimas de conhecimento exigidas para tal fim.

são assegurados, na visão liberal, com fundamento em argumentos de justiça social, mas como condição necessária para o exercício da liberdade. [...]. A ideia de igualdade, então, consiste em assegurar a todos os indivíduos o acesso a um sistema adequado de liberdades fundamentais que permita o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Dessa forma, a igualdade, no sentido liberal, assume a feição de igualdade básica de oportunidades, que é a igualdade na liberdade, se que isso importe qualquer compromisso com a igualdade de resultados." (BINENBOJM, 2020, p. 16).

- 4 Em crítica ao que chama de *tiranía do mérito*, Michael J. Sandel analisa a *meritocracia* e o *ideal meritocrático* sob o ponto de vista da desigualdade que marca a sociedade, apontando-a como elemento de depreciação do bem comum. Como afirma, um sistema de meritocracia formal favorece aqueles que nascem em famílias que podem investir na formação almejada e na conquista de espaços não acessíveis, ao fim, àqueles nascidos em famílias economicamente menos afortunadas. Ademais, desenvolve nas pessoas o espírito de que *conquistaram por merecerem aquele resultado exitoso* (SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020, p. 20-21). Como afirma Sandel: "A convicção meritocrática de que pessoas merecem quaisquer que forem as riquezas que o mercado concede a partir de seus talentos faz a solidariedade ser um projeto quase impossível. Por que as pessoas bem-sucedidas devem algo aos membros com menos vantagens na sociedade? A resposta para essa pergunta depende de reconhecer que, para todos os nossos esforços, não vencemos por conta própria nem somos autosuficientes; estar em uma sociedade que recompensa nossos talentos é sorte, não é obrigação. Uma sensação viva do contingente de nosso destino pode inspirar certa humildade: 'Aí vou eu, mas pela graça de Deus ou por acidente de nascimento, ou ainda, por mistério do destino'. Essa humildade é o começo do caminho de volta da dura ética do sucesso que nos divide. Aponta para além da tirania do mérito na direção de uma vida pública menos rancorosa e mais generosa." (SANDEL, 2020, p. 325-326).

Para além disso, as condições econômicas e financeiras da maioria das famílias brasileiras representam mais um grande desafio: evitar que crianças e adolescentes sejam lançados, de modo prematuro, ao mercado de trabalho, em fases de sua formação nas quais deveriam estar atentos ao que os bancos escolares a elas reservam, predominantemente.⁵

Assim, na luta pela sobrevivência digna, o principal direito social passa a ser o *trabalho*. Somente pela via do trabalho, licitamente, os menos afortunados – massacrante maioria dos brasileiros – conquistam os elementos materiais a partir dos quais poderão adquirir o mais necessário a uma vida com respeito à dignidade inerente à sua condição humana.⁶

Há, porém, de se retornar à necessidade, mitigadora da verdadeira liberdade: a escassez de riqueza faz com que a vulnerabilidade social marcante em grande parte das pessoas que integram a sociedade brasileira as transforme em verdadeiras vítimas de um espírito individualista de hiperexploração típico do sistema capitalista, para o qual o trabalho humano nada mais representa senão *mão de obra*, tal qual o é a *matéria-prima*. Com isso, sob o ponto de vista frio e objetivo dos anseios pelos resultados projetados para cada empreendimento, concretiza-se, efetivamente, a *desumanização da atividade econômica*, em detrimento das necessidades dos trabalhadores e dos interesses da própria sociedade, que passa a conviver com os desequilíbrios decorrentes do descontentamento

5 Destaca João Batista Martins César: “Os desenvolvimentos físico e psicológico do adolescente não podem ser prejudicados em razão do trabalho precoce. A formação moral e escolar do adolescente impõe um limite mínimo de idade para o seu ingresso no mercado de trabalho. E a sociedade brasileira deveria ser a maior interessada na erradicação do trabalho precoce, para que os seus jovens se tornem adultos saudáveis e aptos a enfrentar os desafios do mundo moderno. Dados do PNAD /1998 revelavam que uma em cada dez crianças entre 10 e 14 anos trabalhava. A taxa estava entre as três maiores da América Latina, com o agravante de que o Brasil tinha, pelo menos, o dobro da renda per capita dos outros Estados que apresentavam taxas similares (Honduras e Guatemala).” (CÉSAR, João Batista Martins. *A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2013, p. 138-139).

6 Nesse sentido, vide: MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. O contrato de trabalho como instrumento da garantia da dignidade humana. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 22, n. 564, p. 11-16, nov. 2010.

social e da pobreza – com repercussões sociais inegáveis, quer nos índices de *desordem*, quer na legítima multiplicação de reivindicações e movimentos trabalhistas.⁷

A mitigação de tal ordem das coisas se deu pela via da intervenção estatal, quer no aspecto assistencial, por meio de normas estatais protetivas, quer no que se refere ao chamado *dirigismo contratual*, tão marcante nas relações de emprego.⁸ Nesse sentido, o Estado passou a limitar a *liberdade* dos contratantes, na relação de emprego, pela garantia de um *piso mínimo de direitos trabalhistas irrenunciáveis*, resguardado o direito de livre estipulação das condições de trabalho desde que respeitado dito patamar mínimo de direitos e garantias sociais (CLT, art. 444).

Ocorre que a referida proteção genérica padece de absoluta efetividade, na medida em que resulta, por vezes, em imobilizações prejudiciais do trato negocial trabalhista e, por outras, em efetiva insuficiência.

Tome-se, nessa análise, a multiplicidade de atividades econômicas e de condições de trabalho delas decorrentes, bem como as transformações constantemente impostas pelo implemento tecnológico que, em ritmo muito mais intenso do que permitem as reformas legislativas, abrem inegáveis brechas, deixando sem regência

7 Para a constatação da relação imediata entre miséria e revolta de trabalhadores, com resultados absolutamente prejudiciais a todos os envolvidos, é sempre recomendável a visita à obra de Émile Zola *Germinal*, na qual se encontram o cruel retrato da vida dos obreiros das minas de extração de carvão, no norte da França, e a revolta pela redução de salários e de outras “condições” de trabalho sofridas.

8 Sobre o dirigismo contratual frente aos contratos individuais de trabalho, ao tratar das modalidades de liberdade contratual, Rodolfo Pamplona Filho afirma: “Por fim, a terceira é a modalidade de liberdade do conteúdo do contrato, ou seja, a liberdade para escolher o que se vai contratar. Da mesma forma, constata-se facilmente uma limitação de tal modalidade no fenômeno do dirigismo contratual, sendo o contrato individual de emprego o exemplo mais evidente disso, uma vez que seu conteúdo mínimo é todo estabelecido, no sistema brasileiro, por normas constitucionais (art. 7º, CF/88) e infraconstitucionais (CLT e legislação complementar).” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma teoria geral dos contratos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/esboc2baando-uma-teoria-geral-dos-contratos.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021).

importantes questões da realidade laboral, a exigir que sejam supridas pela via negocial.⁹

De outro lado, no tocante às referidas imobilizações, considere-se o fato de que, em diversos momentos (de crise, em especial), os empreendedores passam a verdadeiramente enfrentar situações que os aproximam da necessidade de tomada de decisões bastante duras, que vão da redução do quadro de empregados e outros prestadores de serviços até o encerramento da empresa, por impossibilidade de adimplemento das obrigações decorrentes da atividade desenvolvida.¹⁰

Não se pode negar que, em tais situações, a imobilização no que se refere à negociação acerca dos direitos dos trabalhadores empregados pode dar ensejo a um verdadeiro paradoxo, que exigirá, para a sua solução, resposta à seguinte questão: *o que mais protege os respectivos empregados nesse momento? Flexibilização de direitos para garantia do emprego ou o rigor das normas protetivas que pode conduzir a um número considerável de dispensas?*

Parece que a melhor resposta pode ser encontrada *entre* as duas questões: *nem a pura abertura para a flexibilização dos direitos*

9 Na defesa de se buscar o equilíbrio necessário à criação de um contexto de justiça social e vantagens recíprocas para empregadores e empregados, Bruna Angélica Maistro sustenta: “Há de se alcançar, nesse debate, o necessário equilíbrio. Deste modo, há de se concordar com o posicionamento de que a flexibilização não se demonstra completamente negativa e, em suas modalidades *tout court* e *flexissegurança*, pode ser utilizada para busca da pacificação dos conflitos sociais gerados pela *gig economy*, desde que haja uma prévia reforma do sistema sindical.” (MAISTRO, Bruna Angélica. *Direito ao trabalho decente e automação: desafios e soluções*. Curitiba: CRV, 2021, p. 53-54). Sobre a relevância da mencionada Reforma Sindical, tratar-se-á no item 4 deste artigo, adiante.

10 Dentre outras notícias pertinentes ao tema, destaca-se a seguinte, publicada pelo jornal *O Estado de São Paulo*: “Pandemia foi responsável pelo fechamento de 522 mil empresas na primeira quinzena de junho”. A reportagem, de 16.7.2020, assinada pela jornalista Daniela Amorim, traz que, entre os negócios fechados em decorrência dos reflexos econômicos da crise sanitária e das medidas protetivas por ela exigidas, mais de 518 mil eram de pequeno porte e tinham até 49 empregados (AMORIM, Daniela. *Pandemia foi responsável pelo fechamento de 522 mil empresas na primeira quinzena de junho*. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pandemia-foi-responsavel-pelo-fechamento-de-522-mil-empresas-na-primeira-quinzena-de-junho,70003366000>. Acesso em: 5 abr. 2021).

protetivos, nem a manutenção de uma rigidez míope diante da realidade econômica e do quadro financeiro do empregador emergem como solução efetiva. Há de se buscar o equilíbrio.

Aliás, o dito equilíbrio é o que se extrai do propósito constitucional. Nota-se que o *mesmo sistema protetivo constitucional aos direitos sociais* estabelece um rol de direitos trabalhistas mínimos, que faz emanar da Constituição Federal o necessário dirigismo contratual nas relações de emprego, porém fixa que a construção da realidade jurídica, social, política e econômica da República Federativa do Brasil *parte* (logo, tem por *princípio fundamental*) do *equilíbrio* na relação *capital e trabalho*.

Tal se afirma a partir do que se lê no art. 1º, IV, da CF, que fixa como um dentre os *princípios fundamentais* da ordem brasileira a *livre iniciativa e o valor social do trabalho*, com a reiteração de tal equação como base principal da *ordem econômica*, à vista do disposto no art. 170 do Texto Maior.

O referido equilíbrio, contudo, resta dificultado pela situação jurídica e econômica ostentada por cada uma das partes da relação laboral empregatícia: empregado e empregador (CLT, arts. 2º e 3º).

Como bem destaca Mauricio Godinho Delgado, o empregador é, naturalmente, um *ser coletivo*,¹¹ que se sobrepõe de modo inevitável ao empregado, ser individual e de vulnerabilidade acentuada pela necessidade de trabalhar.

O próprio texto constitucional, contudo, oferece a solução para a mitigação de tal problema, pela via do estabelecimento do direito à negociação coletiva, pela inclusão, no rol dos direitos mínimos dos trabalhadores brasileiros, do reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos (CF, art. 7º, XXVI).

De fato, por tal via, *coletiviza-se* a figura do empregado na relação negocial com o empregador, de modo a garantir a proteção de cada trabalhador contra a reação abrupta patronal à iniciativa de postulação de melhores condições de trabalho – em regra, por representar incremento de *custo*. A iniciativa é *coletiva*.

11 DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 2, abr./jun. 2001, p. 80.

Além disso, ao fixar a indispensabilidade da figura do *sindicato* nas negociações coletivas (CF, art. 8º, VI), como representante da *categoria* (CF, art. 8º, III), o texto constitucional desvincula da figura da própria coletividade de empregados, especificamente, a iniciativa negocial, tornando inócua até mesmo o impulso patronal de *substituição* dos empregados atuais, com processo de dispensas sucedidas de novas admissões.

Nota-se, pois, que o sistema de fontes obrigacionais juslaborais é *racionalizado e equilibrado* pela via da *negociação coletiva*, com a supressão das lacunas especificamente identificadas por entidades representativas dos atores da referida relação (entenda-se: os *sindicatos*). Destaque-se que as referidas entidades devem ser profundas conhecedoras das realidades vividas pelos empregados alcançados pela representação. Assim, exibem-se habilitadas para negociar, quer a partir da identificação das *precisas necessidades* ditadas pela insuficiência da norma estatal, quer em razão da constatação de desequilíbrios originados do contexto econômico-financeiro ou até social verificados ao tempo do procedimento negocial instaurado.

Do mesmo modo, *em tempos de crise*, a referida representação coletiva negocial há de ser suficiente para permitir, com segurança para os trabalhadores, a *flexibilização moderada* exigida pela boa-fé objetiva (Código Civil, art. 422). Explica-se: o princípio da boa-fé objetiva pauta-se na conduta objetivamente *leal* e de respeito à *confiança* (o que atrai a necessária *transparência*) entre os contratantes.¹²

12 Como elucidam Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze Gagliano: “Quando se fala em deveres de lealdade e confiança recíprocas, costuma-se denominá-los de deveres anexos gerais de uma relação contratual. Isso porque lealdade nada mais é do que a fidelidade aos compromissos assumidos, com respeito aos princípios e regras que norteiam a honra e a probidade. A ideia de lealdade infere o estabelecimento de relações calcadas na transparência e enunciação da verdade, com a correspondência entre a vontade manifestada e a conduta praticada, bem como sem omissões dolosas – o que se relaciona também com o dever anexo de informação – para que seja firmado um elo de segurança jurídica calcada na confiança das partes que pretendem contratar, com a explicitação, a mais clara possível, dos direitos e deveres de cada um. Confiança, nesse sentido de crença na probidade moral de outrem, é algo, portanto, que não se outorga por decreto mas, sim, que se conquista justamente pela prática de uma conduta leal ou se pressupõe em uma sociedade que se pretende reconhecer como civilizada.” [GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo;

Pois bem. Nos casos em que o empregador se encontre em crise econômica ou financeira que não o permita manter os custos empresariais atuais, sob pena de inviabilização da atividade econômica, a participação dos empregados no processo de busca de soluções decorre do dever de lealdade, inerente à dita cláusula geral da boa-fé.

É evidente que não se defende, com isso, a *renúncia indiscriminada* ou *exagerada de direitos trabalhistas*, mas a *relativização moderada* estabelecida pela via negocial e marcada por contrapartidas equivalentes. A partir de tal quadro, tem-se, a rigor, uma espécie de *acomodação das necessidades de lado a lado*, com a supressão de alguns custos trabalhistas relevantes e a sua substituição por outras vantagens que possam, naquele momento, ser concedidas, representativas de uma ordem proporcional de importância para os trabalhadores frente às concessões por estes negociadas. Tem-se, assim, ao invés da *supressão de direitos*, a *substituição destes em processo* que resulte em vantagens recíprocas (o perseguido "*ganha-ganha*" que há de marcar qualquer negociação razoavelmente bem-sucedida).¹³

O referido resultado somente poderia ser obtido, legitimamente, em procedimento negocial paritário, de impossível realização sem a participação do sindicato,¹⁴ ou seja, sem que os

RODRIGUES PINTO, José Augusto (coords.) *Principiologia: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva – um jurista de princípios*. São Paulo: LTr, 2016, p. 193-194].

13 Somente assim poderão ser confirmadas as vantagens da negociação coletiva em relação à prestação jurisdicional do Estado, apontadas por Enoque Ribeiro dos Santos como *notórias* e assim arroladas: "[...] celeridade na elaboração de seus instrumentos jurídicos; maior adaptabilidade e maleabilidade ao caso concreto; propensão a uma maior estabilidade de condições de trabalho – a chamada paz social; mais compatibilidade às necessidades e exigências da produção e do mercado; criação de regras e novos direitos e obrigações específicas; estabelecimento de métodos próprios para a solução das controvérsias; maior grau de solidariedade e integração entre os trabalhadores e empregadores e, por fim, mas não por último, o fortalecimento dos sindicatos e de outras formas de organização dos trabalhadores no local de trabalho." [SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social. In: THOME, Candy Florêncio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (orgs.). *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 86-87].

14 Como esclarece Davi Furtado Meirelles: "É correto apontar como outra função da negociação coletiva de trabalho a realização do princípio da

trabalhadores pudessem ter seus direitos negociados sem o custo de sua identificação individualizada, em sistema que torne inócua a maior dentre as possíveis represálias patronais: a dispensa arbitrária, ainda permitida pela pendência de solução no tocante à ratificação, pelo Brasil, da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho.

Percebe-se, pois, que a negociação coletiva representa a principal via para a conquista do almejado equilíbrio na relação *capital e trabalho*, a bem da ordem democrática e da conquista da reformatação social brasileira, para que se possa colher os frutos da vida em uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁵

3 A REFORMA TRABALHISTA E A APARENTE VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: ALGUNS DOS DESAFIOS E PREOCUPAÇÕES TRAZIDOS PELA AMPLITUDE DADA À PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

A relevância dos instrumentos coletivos negociados como resultados positivos de negociações coletivas, meio adequado de solução de conflitos trabalhistas, ganhou um novo, interessante e não menos preocupante capítulo com a chamada *Reforma Trabalhista*, trazida pela Lei n. 13.467/2017.

igualdade entre as partes contratantes. Ou seja, a igualdade do trabalhador perante o empregador no ato de contratar, já que ambos comparecem no processo de negociação das condições de trabalho em pé de igualdade. É uma forma de restabelecer a igualdade rompida no contrato individual. Essa equivalência entre os entes contratantes pressupõe, ainda, a igualdade de direitos em relação aos outros trabalhadores da mesma categoria ou profissão, que decorre da solidariedade de interesses. A igualdade nos planos vertical e horizontal é um particular fundamento da negociação coletiva." (MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva em tempos de crise*. São Paulo: LTr, 2018, p. 73).

- 15 Destaque-se conclusão de Enoque Ribeiro dos Santos, para quem: "A negociação coletiva é hoje considerada o melhor meio para a solução dos conflitos ou problemas que surgem entre o capital e o trabalho. Por meio dela trabalhadores e empresários estabelecem não apenas condições de trabalho e de remuneração, como também todas as demais relações entre si, através de um procedimento dialético previamente definido, que se deve pautar pelo bom senso, boa-fé, razoabilidade e equilíbrio entre as partes diretamente interessadas." (SANTOS, 2010, p. 93).

Dentre tantas alterações impactantes na realidade de empregadores e trabalhadores – bem como dos operadores do Direito do Trabalho –, a *Reforma* resultou em alterações pontuais na CLT também no que interessa à negociação coletiva, em especial com a introdução dos arts. 611-A e 611-B e a viabilização da prevalência do *negociado sobre o legislado*.

Em outras palavras, o que se alcançou foi a introdução no sistema infraconstitucional de regras que permitem a flexibilização da proteção legal garantida aos empregados, no Brasil, no tocante aos direitos previstos no art. 611-A do texto consolidado. Disso, por certo, destacam-se três questões, que despertaram o debate e as reflexões daqueles que se dedicam à investigação dos temas de Direito Coletivo do Trabalho: (1) a primeira, quanto à eventual *taxatividade* do referido rol de direitos sujeitos à dita flexibilização; (2) a segunda, pertinente à constitucionalidade da regra autorizadora da dita flexibilização; e (3) a terceira, sobre a possibilidade de flexibilização *sem negociação coletiva* (ou seja, pela via da negociação individual) no tocante aos contratos de emprego mantidos com trabalhadores ditos *hipersuficientes*.

Quanto à taxatividade do rol de direitos referidos no art. 611-A da CLT, sobre os quais resta autorizada a negociação coletiva para fim de que os termos do instrumento normativo coletivo (acordo ou convenção coletiva) prevaleçam sobre o disposto em lei, a interpretação gramatical conduz à sua negativa. Nota-se que o *caput* do art. 611-A da Consolidação traz que, “*entre outros*”, os direitos elencados nos incisos que lhe seguem são passíveis de negociação cujo resultado terá prevalência sobre o disposto em lei. Nesse sentido, afirma Sérgio Pinto Martins:

Está bem claro no art. 611-A da CLT o que pode ser negociado, que inclusive traz hipóteses exemplificativas e não taxativas, pois o artigo usa a expressão “*entre outros*”. Não são, portanto, situações exaustivas.¹⁶

Parece ser este o melhor entendimento, o que se reforça pelo fato de o artigo seguinte (611-B da CLT) elencar as hipóteses de direitos trabalhistas que não podem ser objeto de supressão ou redução negociada, sob pena de invalidade por ilicitude do

16 MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma trabalhista: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 118.

objeto (CLT, art. 611-B, *caput*, combinado com Código Civil, arts. 104, II, e 166, II). Ademais, ao elencar tais direitos absolutamente indisponíveis, o art. 611-B da CLT traz menção expressa a assim serem considerados "*exclusivamente*" aqueles constantes dos seus incisos, enquanto o artigo anterior, 611-A, faz alusão a tais direitos, "*entre outros*", a fazer com que a própria técnica legislativa adotada demonstre o propósito reformista de fixação de um rol meramente exemplificativo de direitos sujeitos à prevalência do negociado sobre o legislado.

No que toca à constitucionalidade da referida regra de flexibilização, especificamente quanto à validade de norma coletiva que permita a supressão do pagamento de horas *in itinere* (anterior à Lei n. 13.467/2017), a questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.121.633/GO, que tramita sob a relatoria do ministro Gilmar Mendes, estando o julgamento pautado para a sessão de 17.6.2021.¹⁷ Foi reconhecida a repercussão geral da matéria, tida, a partir de então, como Tema n. 1.046,¹⁸ com suspensão nacional dos processos relativos àquela. Vale destacar, outrossim, que, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 381, foi concedida medida liminar para a suspensão de todos os processos pendentes que versem sobre a validade de norma coletiva que restrinja ou limite direitos trabalhistas não constitucionalmente previstos, inclusive os que versam sobre a aplicação do art. 62, I, da CLT aos motoristas profissionais externos do setor de transporte de cargas, independentemente da explicitação de vantagens compensatórias (CLT, art. 611-A, § 2º).¹⁹

17 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1.121.633/GO, rel. Min. Gilmar Mendes. Andamento processual. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427. Acesso em: 31 mar. 2021.

18 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral. Disponível em: stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal. Acesso em: 31 mar. 2021.

19 CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Pauta trabalhista do STF em 2021 tem negociado sobre legislado e outros temas da reforma trabalhista. *RT Informa*, Brasília, ano 7, n. 6, fev. 2021. Disponível em: <https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/RT%20Informa%20N.%2006%20de%20fevereiro%20-%20Pauta%20trabalhista%20do%20STF%20em%202021%20tem%20negociado%20sobre%20legislado%20e%20outros%20temas%20da%20reforma%20trabalhista.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

Como já exposto, a inexistência de contrapartidas equivalentes compromete a vedação à flexibilização puramente *in pejus*, que deve ser evitada por não resultar, propriamente, de *negociação*, mas de verdadeira *renúncia coletiva de direitos* que, a rigor, deslegitima a atuação do sindicato da categoria profissional.

Não se nega a relevância da negociação coletiva, na forma do aqui já sustentado: ao contrário, exalta-se a sua relevância inclusive como meio adequado para se alcançar o equilíbrio na relação laboral almejado principiologicamente pela ordem constitucional vigente.

Reconhecida a necessidade de flexibilização moderada, por vezes como caminho para o estabelecimento de um cenário indispensável à manutenção de empregos ou até da própria atividade empresarial, tal há de ser permitida com respeito a, minimamente, dois pilares: (1) a absoluta impossibilidade de transação sobre direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis, tais como os pertinentes à saúde e à segurança dos trabalhadores, salário mínimo, dentre outros; e (2) que se dê a supressão, no todo ou em parte, de direitos trabalhistas mediante contrapartidas equivalentes, para fim de que não tenha, a rigor, flexibilização *in pejus*.

Quanto ao segundo dos pilares acima destacados, vale somar que a existência de contrapartida equivalente conduz à manutenção do equilíbrio da relação juslaboral empregatícia, justamente o propósito da ordem constitucional (arts. 1º, IV, e 170, dentre outros, da CF). Logo, a interpretação no sentido de que o art. 611-A, § 2º, da CLT permite verdadeira flexibilização *in pejus*, salvo melhor juízo, leva a um paradoxo insuperável, que não pode ser admitido – até pelo fato de que sequer a literalidade do referido comando legal conduz a tal conclusão. Percebe-se que o dispositivo inserido na CLT fixa que não é requisito de validade do acordo ou da convenção coletiva de trabalho a *expressa indicação de contrapartidas recíprocas*, mas não afasta a necessidade de que *existam* tais contrapartidas, ao menos *implícitas* no resultado positivo da negociação coletiva entabulada. Entendimento em contrário, para além de aniquilar o princípio da adequação setorial negociada, desnatura o próprio Direito do Trabalho e o instituto da negociação coletiva de trabalho, *direito fundamental dos trabalhadores* na forma garantida pelo art. 7º (que elenca *direitos dos trabalhadores*, logo, que devem levar à melhoria de

suas condições sociais), XXVI. Ter-se-ia, no instituto, odiosa contradição em si, resultado que não se pode admitir.²⁰

Por fim, quanto à autorização de negociação individual para a mesma ordem de flexibilização de regras protetivas e, assim, de direitos dos trabalhadores considerados *hipersuficientes*, há de se tecer algumas considerações.

A primeira delas aponta para a incorreção do termo *hipersuficiente*, criticável sob o ponto de vista de que, em razão da subordinação legalmente imposta ao empregado, independentemente do valor do seu salário, este não se mostra em igualdade jurídica e econômica de condições com o seu empregador.

Ademais, por mais elevado que se mostre o salário do empregado, este ainda se encontra em situação de vulnerabilidade frente ao seu empregador, uma vez que, no sistema brasileiro, à luz do que dispõe a CF, art. 7º, I, a proteção contra dispensa arbitrária resume-se ao pagamento de uma indenização que, até o presente momento, consiste no equivalente a 40% dos depósitos do FGTS (efetivados ou devidos), nos moldes do disposto no art. 18, § 1º, da Lei n. 8.036/1990 e, antes, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 10, I – que, a rigor, sequer se aproxima do suficiente para inibir o ato patronal sancionado.

Acrescente-se, por fim, que o valor salarial equivalente a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social não se exhibe tão expressivo para, ao fim, justificar a exceção prevista no art. 444, parágrafo único, da CLT, mesmo associado à condição do empregado de *portador de diploma de nível superior*: não serão o padrão salarial e a conclusão do ensino superior que afastarão do empregado a vulnerabilidade já referida, a tornar injustificável o afastamento da necessidade de negociação coletiva de trabalho para tais ordens de flexibilização.

Ao que parece, na referida exceção disposta no art. 444, parágrafo único, do texto consolidado, o legislador partiu da situação

20 Como afirma Davi Furtado Meirelles: “E a possibilidade de flexibilização dos direitos legislados sem a garantia de contrapartidas compensatórias negociadas, fazendo com que essa situação não venha a ser suficiente para invalidar o negócio jurídico, como deixa claro o § 2º do novo art. 611-A da CLT, também representa uma afronta ao estabelecido no *caput* do art. 7º constitucional.” (MEIRELLES, 2018, p. 138).

econômico-financeira ostentada pelos ocupantes de *altos cargos*, exercentes de funções executivas, disputados no mercado por empresas que chegam a contratar serviços dos conhecidos *headhunters* para a localização de profissionais com *expertises* diferenciadas, necessários aos propósitos traçados pela organização empresarial e, por isso, sem maior laço de dependência com o emprego atual. Mitigados restam, nesses casos, os elementos justificadores da proteção legal encampada na norma estatal de natureza trabalhista.

O problema prático constatado, contudo, aponta para o fato de que a simples obtenção da graduação em ensino superior acrescida do recebimento de salários que se mostrem equivalentes ao dobro do valor-teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social não conduzem o empregado a tal *status* profissional, necessariamente. Assim, os requisitos fixados em lei divorciam-se da realidade que, quiçá, serviu de base para a proposta de exceção da exigibilidade de celebração de instrumento normativo coletivo para o fim da flexibilização nos limites do autorizado no art. 611-A.

Criticáveis, assim, os critérios adotados pelo legislador reformista no tocante ao afastamento da necessidade de negociação coletiva em tais casos.

4 UMA NOVA EXPERIÊNCIA: A NEGOCIAÇÃO COLETIVA EM TEMPOS DE PANDEMIA

Os tempos vividos atualmente reservaram mais uma triste página para a história da humanidade: o enfrentamento global da crise sanitária causada pelo Sars-CoV-2, o novo coronavírus, e a doença por ele provocada, a Covid-19.

Em razão da referida pandemia, como sabido, milhões de vidas foram ceifadas mundo afora, sendo certo que, no Brasil, ao tempo da redação deste estudo, bem mais de 300 mil pessoas já deixaram o convívio de seus amigos e familiares em virtude desse mal.

Enquanto as dificuldades técnicas, mas, também, questões tanto econômicas quanto políticas, nos planos interno e externo, contribuem para que não se conclua um projeto global de vacinação, um dos mais eficazes dentre os meios de contenção da expansão do quadro de contaminações – e não menos *polêmico* – continua a ser o distanciamento social.

O grande problema decorrente dessa constatação, contudo, permanece sendo o mesmo verificado desde as primeiras iniciativas oficiais nesse sentido: para além da questão jurídica que, nesse momento, inegavelmente, perde muito da sua importância, o distanciamento social adequado cobra um expressivo *preço econômico*.

Ocorre que nem todas as atividades permitem a sua continuidade por meio de *home office* ou *delivery*, por exemplo, o que, ao final, resulta no desaquecimento da economia, com a diminuição de lucros ou, pior, a inviabilização da continuidade de atividades empresariais.

Esse quadro econômico desencadeia uma série de *novos custos da pandemia*. De início, o desaquecimento da economia, com consequências muito relevantes, tais como o estancamento do desenvolvimento ou até a *retração econômica*, em um desequilíbrio de tão difícil controle que é capaz de gerar efeitos antagônicos, de quadros recessivos à inflação descontrolada.

O preço deste primeiro impacto econômico acaba por ser um inevitável *custo social*, que se inicia com a impossibilidade de diversos empregadores continuarem com suas atividades de modo pleno e, assim, passarem a não ter condições de arcar com suas obrigações legais e contratuais – inclusive de ordem previdenciária e trabalhista. Neste último ponto, emerge o sinal de que um círculo vicioso que ultrapassa as barreiras puramente sanitárias foi desencadeado pela pandemia. A redução do faturamento – quando não a sua absoluta supressão em razão da paralisação total da atividade de determinada empresa – fez com que eclodisse o risco, por vezes concretizado, de inadimplemento de verbas trabalhistas, inclusive salários, a exigir a intervenção estatal emergencial, conforme verificado pela iniciativa do Executivo brasileiro nas sucessivas e tão polêmicas Medidas Provisórias editadas, com destaque para as de n. 927 e n. 936, principalmente. Destaque-se que da última resultou a Lei n. 14.020/2020, que, em seu art. 3º, consagrou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, cujos principais instrumentos (*medidas*) foram três: (1) o benefício emergencial de preservação do emprego e da renda (arts. 5º e 6º da Lei); (2) a redução proporcional da jornada de trabalho e do salário (art. 7º da Lei); e (3) a suspensão temporária do contrato de trabalho (art. 8º da Lei).²¹

21 A partir do art. 9º, a Lei n. 14.020/2020 traz disposições comuns às medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

As medidas dividiram os entendimentos sobre o que se deveria esperar do governo brasileiro diante das agruras e das promessas de tempos ainda mais sombrios que a pandemia já trazia à época. Muitas foram as vozes que seguiram pelo caminho das duras críticas, cuja importância não pode deixar de ser reconhecida, pois, certamente, contribuíram para a minimização dos impactos que os termos da Medida Provisória n. 927 trazia, em especial a partir do disposto no seu art. 2º. O referido dispositivo autorizava a celebração de *acordos individuais* escritos, cujos termos teriam preponderância sobre os *demais instrumentos normativos, legais e negociais* (portanto, inclusive sobre *acordos e convenções coletivas de trabalho*).

Nota-se que o dispositivo invade mais de um campo tormentoso. De início, a prevalência do negociado sobre o legislado. Sabe-se que o propósito da lei trabalhista consiste em estabelecer um patamar mínimo de proteção aos trabalhadores, de modo que as negociações coletivas, voltadas à adequação setorial do regime jurídico das relações de emprego, resultariam na *maximização* da proteção – e não na redução do rol de direitos trabalhistas (*flexibilização in pejus*), em homenagem à vedação ao retrocesso social. Assim, quaisquer iniciativas voltadas ao reequilíbrio das relações laborais que passem pela redução de direitos previstos em lei despertam a atenção e fomentam acalorado debate, o que não é totalmente neutralizado sequer pelo estado de anormalidade originado pela crise sanitária enfrentada.

Some-se a isso o exposto afastamento da necessidade de participação do sindicato pela autorização de celebração de acordos individuais com preponderância sobre a lei e até mesmo sobre o coletivamente antes negociado, a tornar discutível a constitucionalidade do dispositivo (MP n. 927, art. 2º) por afronta ao disposto nos arts. 7º, XXVI,²² e 8º, III e VI, todos da CF, bem como ao art. 611-A e, *contrario sensu*, ao art. 444, parágrafo único, ambos da CLT, em que pese a decisão do STF em sede de julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.342.²³

22 Sem contar, especificamente, o disposto nos incisos VI e XIII, dentre outros, também do art. 7º da Constituição Federal.

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC-ADI 6342. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344937101&ext=.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

Por fim, o estado de vulnerabilidade acentuada dos trabalhadores nesse momento no qual, frente ao crescente desemprego e à desaceleração da economia em diversos setores, o temor pela não recuperação da ocupação formal (entenda-se: obtenção de novo emprego) maximiza a vulnerabilidade e mina a resistência destes contra eventuais investidas patronais tendentes a propostas de flexibilização *in pejus*.

A MP n. 936 acabou por mitigar esse quadro: como requisito de validade das já referidas medidas de proteção do emprego, impôs aos empregadores a comunicação da celebração de cada acordo individual ao sindicato da categoria profissional respectiva (MP n. 936 e, depois, Lei n. 14.020/2020, art. 12, § 4º, combinado com Código Civil, arts. 104 e 166). Assim, em que pese ainda remanescessem todos os riscos originados da vulnerabilidade de cada trabalhador em tal procedimento negocial, a possibilidade de controle ulterior por parte dos sindicatos passou a representar indubitável ferramenta de mitigação dos potenciais prejuízos aos trabalhadores – que, a tal tempo, aliás, já estariam acobertados pela proteção ao emprego prevista no art. 10 da Lei n. 14.020/2020 (MP n. 936).

De todo modo, polêmicas à parte no tocante à adequação das medidas aos ditames encontrados na Constituição Federal, fato é que, por maioria, em sede de análise perfunctória frente a juízo havido para concessão de liminar, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade destas (ADI 6363-MC-REF).

Não obstante a indiscutível importância do debate acerca da dita constitucionalidade, ou até da existência, propriamente, de *negociação coletiva* em tais casos,²⁴ fato é que a própria adequação procedi-

24 Como sugeriram Antonio Carlos Aguiar e Otávio Calvet, *verbis*: “No caso que ora enfrentamos, não se observa a existência de um conflito coletivo, simplesmente porque não há divergência entre os interesses de cada uma das categorias, mas convergência na necessidade de alternativas para manutenção de ambos os envolvidos, a empresa na sua atividade e o empregado na sua dignidade (sobrevivência digna). Trata-se de mera conformação de interesses convergentes, por força (maior) de fato totalmente estranho à vontade das partes. Não há, nesse caso, barganha, mas medidas de exceção para estabilização do país. E a opção de resolução é estatal, no seu legítimo papel, para fins de enfrentamento comum da sociedade como um todo, e não apropriada para determinados contratos individuais.” (AGUIAR, Antonio Carlos; CALVET, Otávio Amaral. “Negociação” individual para redução de salário e jornada de

mental verificada no texto da MP n. 936 frente ao que se encontrava no art. 2º da MP n. 927 demonstra, no mínimo, a relevância da participação sindical no que se refere à tutela dos direitos dos trabalhadores ao menos no que tange à necessária mitigação de suas vulnerabilidades na relação contratual mantida com seus empregadores.

Observa-se, aliás, que a participação dos sindicatos *em especial* nos procedimentos tendentes à flexibilização de direitos dos trabalhadores enquadrados em sua base de representação é imperiosa para fim de não permitir a construção de um novo paradoxo. Ocorre que, como é sabido, a intervenção estatal básica nas relações individuais de trabalho pela via da edição de regras protetivas que estabelecem patamares mínimos de direitos aos trabalhadores consiste na primeira expressão exitosa do que se tem por *dirigismo contratual*. O *dirigismo contratual*, por sua vez, como já tratado neste artigo, exibe-se como instrumento indissociável da *funcionalização* que o direito patrimonial passou a ter frente ao chamado *mínimo existencial* ou ao direito ao *patrimônio jurídico mínimo* sustentado na doutrina de Luís Edson Fachin.²⁵ É fruto, portanto, da constitucionalização do Direito Privado, decorrente, também, do reconhecimento da condição de protoprincípio à dignidade humana.

Pois bem. A partir do momento em que se reconhece que o sistema, como um todo, em casos de necessária mitigação de vulnerabilidades, admite o *dirigismo contratual*, e que a primeira expressão exitosa foi justamente a verificada com relação aos contratos individuais de trabalho, admitir o seu afastamento pela via da

trabalho. *Consultor Jurídico*, [Online], 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>. Acesso em: 3 abr. 2021).

- 25 Luiz Edson Fachin afirma: “Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 232). Vide, também, sobre a *funcionalização* do Direito Privado e as liberdades: FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 95.

flexibilização *in pejus* ao trabalhador mediante *acordos individuais* significa, sem sombra de dúvidas, *fulminar* a própria iniciativa estatal de intervenção básica. Vale explicar. Se o *dirigismo contratual* nas relações laborais é justificado pelo reconhecimento da vulnerabilidade do trabalhador e da relevância de não individualização deste nas reivindicações e negociações, de modo a protegê-lo em um sistema que admite dispensa imotivada – o que, para muitos, justifica, também, a opção de representação coletiva de *categorias*, de modo que o negociado não poderá ser afastado pela simples substituição de um empregado (dispensado) por outro (admitido) –, permitir que cada trabalhador, validamente, *renuncie* direitos pela via de *negociações individuais sem contrapartidas proporcionais* significaria *fulminar o sistema legal protetivo*, uma vez que, pela mesma vulnerabilidade que justifica o *dirigismo contratual*, ter-se-ia a certeza do baixo poder de resistência destes mesmos trabalhadores frente às investidas patronais e ao temor da perda do emprego, fonte de subsistência digna pessoal e familiar que representa.

Portanto, essa realidade já basta para demonstrar o quão indispensável é, no sistema econômico liberal, a atuação dos sindicatos, em especial no que toca às negociações coletivas e, assim, a exigência de negociações coletivas como requisito de validade para flexibilização de direitos dos trabalhadores. Sem a referida representação coletiva, o desamparo ao qual seriam lançados os trabalhadores conduziria à afronta até mesmo a princípios básicos da teoria geral dos contratos, tais como a isonomia, o equilíbrio contratual e a justiça contratual, sem contar a boa-fé objetiva, cujos pilares máximos (da lealdade e da transparência) restariam, em grande parte às vezes, comprometidos.

Vale destacar, por fim, que mesmo os mais ferrenhos defensores do texto da MP n. 936, atual Lei n. 14.020/2020, dentre seus principais fundamentos, apresentaram elementos que demonstram a imprescindibilidade da atuação dos sindicatos, na via negocial, para o equilíbrio nos contratos laborais e para a construção de um cenário social mais justo, na linha da equação constitucional pretendida para a relação entre livre iniciativa e valor social do trabalho.

Afirmava-se, à época da edição das MPs n. 927 e, depois, n. 936, ainda em 2020, que muitos sindicatos estavam *fechados* em razão da pandemia e outros tantos *se recusavam* à negociação. Por tais

razões, associada à morosidade verificada em alguns casos, no tocante à conclusão da negociação coletiva, fazia-se necessário, a bem da manutenção de empregos ou até de atividades empresariais, que restassem autorizados acordos individuais para fim das flexibilizações previstas.

Observe-se que, para sustentação dos argumentos favoráveis à autorização de acordos individuais de flexibilização de direitos, mesmo em tempos de pandemia, passou-se, necessariamente, pelas críticas à *conduta* de determinados sindicatos. A conclusão que se pode extrair disso é a seguinte: se todos os sindicatos atuassem como se espera, de modo imediato, negociando com transparência e lealdade, por certo, os acordos *necessários* seriam celebrados e, assim, não haveria mais *nenhum argumento legítimo sustentável* para se defender o afastamento, mesmo excepcional, da exigência de negociação coletiva para tais fins. Dessa emerge outra conclusão: a solução, a rigor, está no *fortalecimento dos sindicatos*, para que possam ter estrutura suficiente para tanto, e na *punição*, por violação à boa-fé objetiva, daqueles que, imotivadamente, se recusem a negociar. Logo, o problema é *subjetivo* e não *objetivo* quando se trata da necessidade de valorização das negociações coletivas e dos instrumentos normativos dela resultantes, na trilha do que se encontra no rol de direitos fundamentais dos trabalhadores no Brasil (CF, art. 7º, XXVI).

Por isso, a autorização para flexibilização de direitos dos trabalhadores pela via de acordo individual causou tanta polêmica, em especial frente a norma que previa a possibilidade de acordos, que, para além de prevalecerem sobre a *lei*, prevaleceriam sobre o convencionalmente coletivamente – novo paradoxo: se a atuação do sindicato se justifica pela necessária representação para mitigar as vulnerabilidades individuais dos trabalhadores, torna-se insustentável admitir que acordos individuais possam afastar disposições estabelecidas em normas coletivas.

E, então, a questão: mas todo o trazido pela excepcionalidade do período de pandemia não mitiga esse quadro? Este não é propriamente o objeto do presente estudo, porém a pergunta não foi lançada em vão, já que colabora para o que, de fato, se pretende enfrentar: a *estrutura sindical brasileira* não colabora para que, em momentos de crise, abra-se margem a um legítimo debate sobre o estabelecimento de exceções às regras emanadas do princípio

protetivo, frente às também excepcionalidades, por exemplo, trazidas pelos impactos econômicos da pandemia?

A busca pela resposta a essa última questão exige que algumas linhas sejam traçadas.

5 A IMPERIOSIDADE DE FORTALECIMENTO DO ENTE SINDICAL PARA A CONQUISTA DOS OBJETIVOS DEMOCRÁTICOS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO: O PROBLEMA DA UNICIDADE SINDICAL

O sistema sindical brasileiro, à luz do estabelecido no texto constitucional (CF, art. 8º, II e III), pauta-se em dois pilares: (a) unicidade sindical; e (b) representação por categorias.²⁶

A unicidade sindical delimita a representação, dentro de cada base territorial, a um *único sindicato por categoria*, traçando, nesse ponto, a intersecção entre os referidos dois pilares, sobre o que se tem a construção do sistema sindical brasileiro.

Diversos são os críticos dessa opção adotada pelo sistema constitucional pátrio, que, em linhas gerais, afronta o princípio da liberdade sindical.²⁷

Ocorre que a delimitação da representação sindical a um único possível ente, qual seja, o sindicato da categoria na base territorial em

26 O terceiro pilar era a *obrigatoriedade da contribuição sindical*, afastada pela Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), com a alteração do texto do art. 579 da CLT.

27 Rodolfo Pamplona Filho e Cláudio Dias Lima Filho advertem, contudo: “Cabe esclarecer, de imediato, que não se quer, aqui, afirmar que pluralidade sindical e liberdade sindical sejam conceitos iguais, embora a interação entre eles seja inevitável e até mesmo indissociável. A liberdade é mais abrangente do que a pluralidade, pois também repercute de maneira ampla nas esferas jurídicas individuais dos representados (liberdade individual para ingressar num sindicato, liberdade individual para sair de sindicato, liberdade individual para não ingressar em sindicato e liberdade individual para fundar sindicato), ao passo que a pluralidade sindical desenvolve-se primordialmente em âmbito coletivo e apenas incidentalmente em âmbito individual – a liberdade individual de fundar sindicato também é expressão da pluralidade sindical.” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 132).

que se mantenha a relação de emprego, faz com que os empregados não tenham possibilidade de escolha quanto a *quem deva ser seu representante nos procedimentos de negociação coletiva com o empregador ou, então, com a categoria econômica*, o que, a rigor, pode ser visto como elemento de *deslegitimação* da referida representação.²⁸

Ademais, a impossibilidade jurídica frente ao descontentamento dos trabalhadores integrantes da categoria representada com a atuação do sindicato não gera, por si, motivação suficiente para o rompimento da referida representação. Disso emerge um natural contrassenso até lógico, pois se tem uma representação *compulsória* e sem qualquer possibilidade de eleição ou alteração pelos integrantes da base representada, aos quais resta, tão somente, a via da participação nos processos eleitorais para fim de renovação da direção do sindicato. A cada um dos vencidos, restará o amargor de permanecer, ao menos no seu entender, *sem a devida ou sem nenhuma representação legítima* – o que muito representa já que a questão tem consequências práticas relevantes sobre contratos individuais de trabalho (emprego).

Não se negue, ainda, que a unicidade sindical permite a existência de diversos sindicatos que, na prática cotidiana, *não negociam* de modo efetivo (entenda-se: não se movimentam adequadamente frente a situações que impactam a seara dos interesses e direitos dos empregados integrantes da categoria representada, de modo a deixar que se dê a consolidação de prejuízos evitáveis ou de conquistar benefícios possíveis naquele dado momento). Tal se dá em razão da *ausência de competição* pela representação, evitável na via da adoção de sistema distinto, que prestigie a *pluralidade sindical*.

Como esclarecem Rodolfo Pamplona Filho e Cláudio Dias Lima Filho, o conceito de pluralidade sindical pode ser extraído da

28 Como sustentam Rodolfo Pamplona Filho e Cláudio Dias Lima Filho, a unicidade, ao lado do critério de agrupamento em categorias, parte do pressuposto de que há uma “naturalidade desse agrupamento que muitas vezes estava dissociado na prática”, a ensejar precisa crítica, no sentido de que: “Isso aniquilou outras formas de arranjo profissional e econômico, e paralisou o dinamismo típico dos movimentos sindicais à vista das mudanças no mercado de trabalho.” Adiante, sustentam: “Por isso, não são poucos os estudiosos que, posicionando-se inicialmente a favor da manutenção da unicidade sindical, tiveram que rever esse entendimento [...]” (PAMPLONA FILHO; LIMA FILHO, 2013, p. 183). Ao fim, arrematam que somente a pluralidade sindical compatibiliza-se com a liberdade sindical e a democracia (PAMPLONA FILHO; LIMA FILHO, 2013, p. 184).

oposição de sentidos ao conceito de unicidade. Complementam: “enquanto a unicidade sindical pressupõe um sindicato único, a pluralidade sindical corresponderia à coexistência de diversos sindicatos”, embora possa também conduzir à existência de um único sindicato – desde que o ordenamento jurídico nacional autorize, a qualquer tempo, a formação de outros.²⁹

O referido incremento de representatividade, em especial nos tempos de crise – como a atualmente verificada –, potencializaria a atuação sindical no sentido da superação de embates como, por exemplo, o da possibilidade ou não de celebração de acordos individuais. Ora, com o sistema sindical estruturado adequadamente para fornecer pronta resposta às demandas empresariais e, como um todo, sociais, por negociação coletiva voltada aos necessários ajustes provisórios no contexto obrigacional decorrente das relações empregatícias, cairia por terra qualquer preocupação patronal legítima que sustentasse a proposta de afastamento da necessidade de representação do sindicato em tais momentos.

E esse fortalecimento estrutural tenderia a ser verificado, pois, como a representação, em sistemas de pluralidade sindical, exigiria a *filiação*, pela qual o empregado representado exerceria a sua *liberdade sindical*, os entes comprovadamente mais representativos³⁰ – ou seja, aqueles reconhecidos pelo resultado de suas atuações nas negociações coletivas bem como pelos demais serviços ofertados aos seus sindicalizados – conquistariam um número suficiente de empregados em seus quadros associativos e, assim, proporcionalmente, valores originados de contribuições que fariam frente aos custos de sua adequada atuação, bem como à manutenção de programas próprios de socorro necessários a momentos de crise acentuada como, por exemplo, durante os períodos de suspensão de contratos de trabalho em razão de greve, dentre outras vantagens.

O sistema atual, pautado na unicidade, ao contrário, além dos entraves já mencionados, resta fortemente comprometido pela

29 PAMPLONA FILHO; LIMA FILHO, 2013, p. 130.

30 Bruna Angélica Maistro, sobre o tema, anota: “Apenas garantindo uma verdadeira liberdade sindical, decretando o fim da unicidade, será possível confiar tamanha tarefa aos sindicatos, que passarão a exercer efetivo papel de representatividade, legitimada pela escolha do trabalhador por aquele que melhor atenda aos seus anseios.” (MAISTRO, 2021, p. 54).

supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical, relevante fonte de sustento para muitos sindicatos, havida por força da Reforma Trabalhista advinda da Lei n. 13.467/2017.

Em que pese tenha se tratado de elogiável iniciativa, se considerados o prestígio devido à liberdade sindical e a afronta que a compulsoriedade da contribuição representava a tal princípio, vista sob o ângulo do seu impacto na *manutenção* das atividades sindicais, o resultado de sua superação foi bastante grave. O que se nota é um grande número de empregados que passaram a não autorizar o desconto da dita contribuição, bem como diversos outros que, por vezes movidos pelos baixos salários e pelo relevante impacto que, logicamente, qualquer desfalque sobre esses passa a representar, deixam de se filiar – ou até se *desfiliam* –, frente à constatação de que as vantagens obtidas alcançam todos os integrantes da categoria, *sindicalizados ou não*, do que nasce um sentimento de estar *pagando pela vantagem alheia* – visão equivocada, mas reiteradamente constatada em entrevistas com empregados.

Percebe-se, pois, que a manutenção do sistema de unicidade sindical associado à representação de categorias e à supressão da contribuição sindical obrigatória levou a uma *tempestade perfeita*, devastadora da busca de realização do efetivo propósito de um sistema sindical legítimo: a formação de sindicatos fortes que possam negociar em igualdade de condições com os empregadores. A consequência, talvez inicialmente imperceptível, foi a criação de um estado das coisas que, em tempos de pandemia, fez com que a falta de estrutura ou a miopia social expressa em um inexplicável revanchismo criassem o campo adequado para propostas oficiais de afastamento das negociações coletivas dos programas de enfrentamento da crise econômica decorrente da pandemia, por exemplo. Pandemia, distanciamento social, proibição de funcionamento normal de atividades tendentes a gerar aglomerações, queda de faturamento, necessidade de manutenção de empregos e das próprias atividades econômicas, enfim, tudo levando à necessidade de *acordos urgentes*, incompatíveis com a morosidade da negociação coletiva, facilmente vencida pela pronta atuação que somente sindicatos fortalecidos pelo que a pluralidade sindical poderia acabar por ofertar. A flexibilização procedimental, a ser feita a partir de uma Reforma Sindical ampla e democraticamente debatida, recairia sobre *as etapas da negociação coletiva*, e não sobre a possibilidade do seu afastamento.

Também por isso, aclara-se que, reconhecida a imperiosidade da valorização da negociação coletiva, como direito fundamental dos trabalhadores, na busca da edificação de uma sociedade efetivamente livre, justa e solidária, mas, também, do equilíbrio entre *capital e trabalho* elevado ao patamar de *princípio fundamental da República Federativa do Brasil*, eventos como a atual crise sanitária global fazem com que se reforce a certeza de que já passa o tempo de uma profunda Reforma Sindical. Uma Reforma que prestigie a pluralidade sindical, supere o paradigma da representação por categorias, busque luzes nas Convenções da Organização Internacional do Trabalho – em especial a de n. 87³¹ – e, finalmente, consagre a verdadeira *liberdade sindical*.³² Somente assim se terá um quadro

31 Convenção n. 87 da OIT, que, no seu art. 2º, traz: “Os trabalhadores e os empregadores, sem nenhuma distinção e sem autorização prévia, têm o direito de constituir as organizações que estimem convenientes, assim como o de se filiarem nessas organizações, com a única condição de se conformarem com os estatutos destas últimas”. Aliás, a alteração da estrutura sindical brasileira poderia se dar ou por força de Emenda Constitucional para fim de alterar o disposto no artigo 8º, II, do Texto Maior, ou por força de ratificação da Convenção n. 87 da OIT sob o regime da CF, art. 5º, § 3º, que dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Nesse sentido, Rodolfo Pamplona Filho e Cláudio Dias Lima Filho afirmam que a referida via, da incorporação da Convenção n. 87 da OIT ao Direito brasileiro nos termos do art. 5º, § 3º, da CF, “é plenamente viável, já que se trata de direito humano internacionalmente reconhecido como tal. Aprovando-se a normatização da OIT como Emenda Constitucional, revogam-se, pelo critério cronológico, as disposições do art. 8º da Constituição que restringem a liberdade sindical e possibilidade de organização de múltiplos sindicatos – ressaltando-se que, pelo fato de a unicidade sindical não se revestir de natureza de cláusula pétrea, essa revogação pode ser efetivada por Emenda sem sobressaltos. [...]” (PAMPLONA FILHO; LIMA FILHO, 2013, p. 155).

32 Em texto anterior, Gilberto Carlos Maistro Junior assim se posicionou sobre o tema, ao tempo da Reforma Trabalhista de 2017: “[...] fazia-se necessária a ‘prévia’ Reforma Sindical na qual, ao menos, alguns pilares do atual sistema constitucional fosse(m) (nesse caso, sim) ‘modernizados’. A começar pelo fim da unicidade sindical. É inadmissível que se pretenda ter um ‘discurso de liberdades’ nas relações de trabalho se mantidas as amarras da representação coletiva a um único sindicato por categoria e por base territorial mínima equivalente a um município. É imperioso que se tenha o afastamento dessa realidade, com a admissão do pluralismo sindical, dando aos trabalhadores a opção de escolha quanto ao sindicato que os representará nas negociações com os empregadores. Lembre-se que a empresa é um ser coletivo por natureza

adequado ao enfrentamento de crises, de maior ou menor monta, que sempre assolam o cíclico sistema capitalista e que, de tempos em tempos, a ele se mostram externas e superiores, como a trazida pelo Sars-CoV-2. Somente assim, guiadas pela boa-fé objetiva e pela função social do contrato, as partes coletivas, assim considerados *capital* e *trabalho*, poderão obter as adequações necessárias e inalcançáveis pelo legislador, frente à dinâmica da vida e da economia, afastando o caos e mantendo um clima de colaboração propícia ao desenvolvimento econômico com respeito à dignidade humana.

Vale anotar, à guisa de conclusão, que não são apresentadas, aqui, contraposições absolutas a modelos marcados pela existência de um único ente sindical representativo, desde que tal quadro resulte do processo natural de centralização consciente dos trabalhadores em um único sindicato, pelo exercício da liberdade sindical no ato associativo, garantido o direito de migração para outros entes, bem como a também livre criação destes. Nota-se, pois, que a noção de *democracia* se afina com maior precisão ao sistema de *pluralidade sindical*, o que, por fim, além de potencializar as negociações coletivas e o resultado do indispensável exercício da autonomia privada coletiva, conduz a novo influxo de legitimação, indispensável em tempos como os atuais, nos quais a *reconstrução* dos cenários de desenvolvimento econômico e social se mostra tão desafiadora quanto urgente.

Que não se negue ao sindicato o protagonismo que lhe é reservado nesse tão relevante momento histórico pelas duras amarras de

(GODINHO, 2017: 1489) e que, para que haja equilíbrio nas negociações, sem o que não há real liberdade ou vontade, é preciso garantir ao outro polo a mesma ordem de força: uma efetiva representação coletiva. A efetividade em questão depende, muito, da representatividade do sindicato no processo negocial, da sua atuação concreta no sentido da salvaguarda dos interesses dos seus representados. Para tanto, os trabalhadores devem ter a 'liberdade' para definir quem será o seu representante coletivo, com a vantagem de que, desse modo, a tendência natural será o caminhar para a 'unidade' sindical, pois somente os sindicatos efetivamente representativos é que conseguirão manter-se em atividade. Até pelo fato de que a segunda alteração necessária em sede de Reforma Sindical aponta para o fim da contribuição sindical obrigatória." (MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. Provocações iniciais sobre a prevalência do negociado sobre o legislado e a reforma trabalhista. *Empório do Direito*, São Paulo, 1º ago. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/provocacoes-iniciais-sobre-a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-e-a-reforma-trabalhista-por-gilberto-carlos-maistro-junior>. Acesso em: 5 abr. 2021).

um sistema já comprovadamente falho, que retira do princípio da autonomia privada coletiva a efetividade que pode ofertar a bem do equilíbrio fundamental entre *capital* e *trabalho*. Já passa o tempo de uma Reforma Sindical cuidadosa, construída a partir de amplo debate democrático e que prestigie o que, internacionalmente, é reconhecido como indispensável ao adequado jogo de forças do sistema verdadeiramente liberal: a *liberdade* sindical, alcançável pela via da *pluralidade* aqui defendida.

6 CONCLUSÃO

O princípio da autonomia privada coletiva não está em crise. Aliás, nunca foi tão necessário prestigiá-lo. Para tanto, há de se prestigiar o próprio sindicato, tarefa hercúlea se considerado o atual sistema sindical brasileiro, estabelecido a partir do plano constitucional, com suas amarras e “quase armadilhas”.

Eis o que tem na realidade brasileira: (a) um único possível representante coletivo, em razão da unicidade constitucionalmente estabelecida (CF, art. 8º, II); (b) enfraquecido economicamente pela supressão da obrigatoriedade da contribuição sindical; (c) mas, de modo paradoxal, absolutamente fortalecido no plano jurídico pelo advento das regras autorizadoras de aparente flexibilização *in pejus*, trazidas no art. 611-A da CLT, tudo em razão da Reforma Trabalhista de 2017.

De todo modo, um sindicato que, muitas vezes, não tem condições econômicas ou até de legitimação para bem negociar (pela falta de um número maior de associados e pelo descrédito que se busca lançar sobre a sua atuação, dentre outros fatores), em um quadro que faz emergir um nítido ciclo vicioso, pois, a cada busca frustrada de melhores resultados pela via da negociação coletiva, maximizam-se o discurso de desvalorização das ações do ente e, sob o véu de uma irreal liberdade, o incentivo à busca individual dos trabalhadores no trato negocial com seus empregadores.

O problema é que *não há verdadeira liberdade quando a necessidade impede o trabalhador de postular o que é justo e possível*, cerceado pelo temor da perda da fonte de subsistência pessoal e familiar: o emprego. Assim, sob o discurso da *liberdade*, fulmina-se o traço democrático que há de marcar a relação entre *capital* e *trabalho*, afastando a realidade dos trabalhadores e empreendedores

brasileiros do equilíbrio almejado principiologicamente pelo sistema constitucional, à vista dos arts. 1º, IV, e 170, *caput*, da CF.

Percebe-se facilmente que a única forma de obter o referido equilíbrio é pela via da coletivização da representação dos trabalhadores, com o fortalecimento dos sindicatos, de modo a fazer com que a autonomia privada coletiva possa ser exercitada com a efetiva mitigação das disparidades que justificam a intervenção estatal básica nas relações de trabalho.

A morosidade das soluções políticas governamentais e a sua insuficiência, inclusive pela necessidade de se darem de modo *genérico* e sem atenção às especificidades das relações laborais em cada setor da economia, ademais, fazem com que, em tempos de crise ou não, a mais adequadas das vias para a obtenção do *ajuste necessário ao equilíbrio tendente à prosperidade tanto de empregadores quanto de empregados* seja a da negociação coletiva.

Mais do que nunca, como dito, é tempo de prestígio à autonomia privada coletiva, *porém como vencer as amarras mencionadas e os óbices ao resultado efetivo do seu exercício?*

A resposta indica para uma urgente e amplamente debatida Reforma Sindical, que prestigie a liberdade e a pluralidade sindical, únicos meios de, sob as luzes da democracia, alcançar-se um cenário de paz social, propício à retomada do desenvolvimento sustentável, com incentivos ao mercado interno (vale lembrar que o *empregado* também é *consumidor*) e ensejador de bons passos no sentido de se alcançar a promessa constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Antonio Carlos; CALVET, Otávio Amaral. "Negociação" individual para redução de salário e jornada de trabalho. *Consultor Jurídico*, [Online], 8 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/aguiar-calvet-negociacao-individual-reducao-salario-jornada>. Acesso em: 3 abr. 2021.

AMORIM, Daniela. Pandemia foi responsável pelo fechamento de 522 mil empresas na primeira quinzena de junho. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2020. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pandemia-foi-responsavel-pelo-fe>

chamento-de-522-mil-empresas-na-primeira-quinzena-de-junho, 70003366000. Acesso em: 5 abr. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data vênua*: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

BINENBOJM, Gustavo. *Liberdade*: o que é e por que importa. Rio de Janeiro: História Real, 2020.

CÉSAR, João Batista Martins. *A tutela coletiva dos direitos fundamentais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 2013.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. Pauta trabalhista do STF em 2021 tem negociado sobre legislado e outros temas da reforma trabalhista. *RT Informa*, Brasília, ano 7, n. 6, fev. 2021. Disponível em: <https://conexaotrabalho.portaldaindustria.com.br/media/publication/files/RT%20Informa%20N.%2006%20fevereiro%20-%20Pauta%20trabalhista%20do%20STF%20em%202021%20tem%20negociado%20sobre%20legislado%20e%20outros%20temas%20da%20reforma%20trabalhista.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. Direito coletivo do trabalho e seus princípios informadores. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 67, n. 2, p. 79-98, abr./jun. 2001.

FACHIN, Luiz Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A delimitação conceitual do princípio da boa-fé. In: PAMPLONA FILHO, Rodolfo; RODRIGUES PINTO, José Augusto (coords.) *Principiologia: estudos em homenagem ao centenário de Luiz de Pinho Pedreira da Silva – um jurista de princípios*. São Paulo: LTr, 2016. p. 189-204.

MAISTRO, Bruna Angélica. *Direito ao trabalho decente e automação: desafios e soluções*. Curitiba: CRV, 2021.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. O contrato de trabalho como instrumento da garantia da dignidade humana. *Revista Bonijuris*, Curitiba, v. 22, n. 564, p. 11-16, nov. 2010.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. *O princípio da boa-fé objetiva na negociação coletiva*. São Paulo: LTr, 2012.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos. Provoações iniciais sobre a prevalência do negociado sobre o legislado e a reforma trabalhista. *Empório do Direito*, São Paulo, 1º ago. 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/provocacoes-iniciais-sobre-a-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-e-a-reforma-trabalhista-por-gilberto-carlos-maistro-junior>. Acesso em: 5 abr. 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Reforma trabalhista: comentários às alterações das Leis n. 13.467/2017, 13.545/2017 e da Medida Provisória n. 808/2017*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Davi Furtado. *Negociação coletiva em tempos de crise*. São Paulo: LTr, 2018.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Esboçando uma teoria geral dos contratos. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 682, 18 maio 2005. Disponível em: <https://www.marioluizdelgado.com/images/artigos-recomendados/esboc2baando-uma-teoria-geral-dos-contratos.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LIMA FILHO, Cláudio Dias. *Pluralidade sindical e democracia*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2013.

SANDEL, Michael J. *A tirania do mérito: o que aconteceu com o bem comum?* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. A negociação coletiva de trabalho como instrumento de pacificação social. In: THOME, Candy Florêncio; SCHWARZ, Rodrigo Garcia (orgs.). *Direito coletivo do trabalho: curso de revisão e atualização*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 61-93.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 1.121.633/GO, rel. Min. Gilmar Mendes. Andamento processual. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427>. Acesso em: 31 mar. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MC-ADI 6342. Disponível em: <portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344937101&ext=.pdf>. Acesso em: 5 abr. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Repercussão Geral. Disponível em: <stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=repercussaoTemasSuspensao&pagina=principal>. Acesso em: 31 mar. 2021.

ZOLA, Émile. *Germinal*. Trad. Francisco Bittencourt. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

VITOR SALINO DE MOURA EÇA

Juiz do Trabalho no TRT da 3ª Região. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS) e da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Pós-doutor em Direito Processual Comparado pela Universidad Castilla-La Mancha, Espanha, e em Direito Processual Internacional pela Universidad de Talca, Chile.

BRUNO GOMES BORGES DA FONSECA

Procurador do Trabalho na 17ª Região. Professor da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professor colaborador no Programa de Mestrado Profissional em Gestão Pública da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Ex-Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito pela PUC Minas e pela UFES. Doutor e Mestre em Direitos e Garantias pela FDV.

LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES SINDICAIS E RAZÃO COMUNICATIVA

Sumário: 1 Introdução. 2 Um pequeno recorte sobre as agremiações sindicais. 3 A razão comunicativa e o funcionamento das associações sindicais. 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As agremiações sindicais desempenham um papel fundamental nas relações de trabalho e no Estado democrático de direito. Antes de se colocarem como associações com interesses próprios, devem consubstanciar o interesse da respectiva categoria representada. Cumpre, portanto, existir efetiva identidade entre a pretensão da categoria e a pauta formalmente apresentada pela agremiação.

Esse cenário traz à tona a questão da legitimidade da atuação sindical cujos reflexos podem ser observados extrajudicialmente (na construção de instrumentos coletivos, por exemplo) e judicialmente (na celebração de transação – ou renúncias, em um processo jurisdicional).

A proposta deste estudo (uma singela homenagem ao ilustre professor de dezenas de gerações juslaboralistas, José Augusto Rodrigues Pinto) é tratar desse tema a partir do referencial teórico *habermasiano* acerca da razão comunicativa.

A primeira seção aborda as organizações sindicais, enquanto a segunda analisa a razão comunicativa a partir da atuação sindical.

2 UM PEQUENO RECORTE SOBRE AS AGREMIÇÕES SINDICAIS¹

O surgimento das associações sindicais ocorreu com a Revolução Industrial na segunda metade do século XVIII. A presença de proletários nas fábricas ocasionou maior concentração de obreiros, o que favoreceu a formação de reuniões e uniões.²⁻³ Todavia, sem o perfil atual, pretensas agremiações sindicais são encontradas na Antiguidade e em momentos posteriores, mas antes da Revolução Industrial.⁴⁻⁵⁻⁶

O Tratado de Versailles (art. 427, II), tratado de paz da Primeira Guerra Mundial, e a constitucionalização do Direito do Trabalho, com as Constituições do México, em 1917, e de Weimar, em 1919, garantiram o direito de associação sindical.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens igualmente assegurou o direito de organização sindical (art. 4º). O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, reafirmou esse direito (art. 8º, a e c). No âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sobre o tema, destacam-se as Convenções n. 87, n. 98, n. 135, n. 141, n. 151 e n. 154.

No Brasil, as previsões constitucionais e legais servem para ilustrar parte da história (ainda que destacadamente formal) das associações sindicais.

- 1 Trechos desta seção foram extraídos de estudos precedentes: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. As associações sindicais como garantidoras de direitos e o papel do Ministério Público do Trabalho: considerações e propostas de atuação. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XIX, n. 37, p. 183-229, mar. 2009; FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Sindicato versus trabalhadores e a reprodução do dualismo entre Estado e sociedade civil. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, v. 76, p. 60-81, jan.-fev. 2017.
- 2 BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão da empresa*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 52-53.
- 3 AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006, p. 16.
- 4 RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007, p. 617-625.
- 5 AROUCA, 2006, p. 14.
- 6 SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 2, p. 1079-1083.

A Constituição Imperial de 1824 se omitiu acerca das entidades sindicais ou mesmo, de forma geral, sobre associações. No Brasil, o sindicalismo nasceu em período posterior, comparado com o movimento europeu, em virtude da economia incipiente, de um modelo pré-capitalista e da mão de obra basicamente escrava⁷ (somente proibida com a Lei Áurea em 1888).

A Constituição da República de 1891 conferiu liberdade de associação para fins lícitos (art. 72, § 8º). A previsão constitucional não era específica para o associativismo sindical, o que gerou dúvida quanto à interpretação do dispositivo. O Supremo Tribunal Federal (STF), em 1920, decidiu que a regra permitia a liberdade de agremiação sindical.⁸

O primeiro ato normativo de caráter sindical (e infraconstitucional), no País, foi o Decreto n. 979/1903, contudo somente abordava os sindicatos rurais. Em 1907, editou-se o Decreto-Legislativo n. 1.637, que dispunha sobre a criação de sindicatos e de sociedades cooperativas, cujo texto, à época, foi moldado em uma perspectiva democrática, por garantir a livre constituição de associações sindicais, independentemente de autorização governamental, e a liberdade sindical. No início da década de 1930, criou-se o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, que exerceu forte controle sobre a atividade sindical, na forma do Decreto n. 19.770/1931.

A Constituição de 1934 incumbiu à legislação infraconstitucional a tarefa de reconhecimento das associações sindicais (art. 120). Ao mesmo tempo, garantiu liberdade associativa para fins lícitos (art. 133, 12). Surpreendentemente, previu que a lei assegurasse a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos (art. 120, parágrafo único). O ato normativo regulamentar foi o Decreto n. 24.694/1934, cujo texto criou inúmeros requisitos para a constituição de agremiações sindicais. Na prática, tinha-se o sistema de unicidade sindical, enquanto na teoria o sistema era plural.

A Constituição de 1937 assegurou o direito de associação desde que não tivesse fins espúrios (arts. 16, XX, e 122, 9º). Relativamente às agremiações sindicais, patenteou a liberdade associativa, porém conferiu apenas ao sindicato reconhecido pelo Estado o direito de representação da categoria, celebração de contratos coletivos de

7 BRITO FILHO, 2007, p. 59.

8 SÜSSEKIND *et al.*, 1999, p. 1106.

trabalho (era a expressão anterior à introdução da nomenclatura *convenção coletiva de trabalho*), imposição de contribuições e exercício de funções delegadas do Poder Público (art. 138). Atribuiu ao então Conselho da Economia Nacional a incumbência de emitir parecer sobre todas as questões atinentes à organização e ao reconhecimento das associações sindicais (art. 61, *g*). Com supedâneo nessa Constituição, editou-se o Decreto n. 1.402/1939, cujo texto volveu ao sistema de unicidade sindical.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452/1943, basicamente manteve essa diretriz, enquanto a Constituição de 1946 reconheceu a liberdade associativa, inclusive sindical, para fins lícitos, e delegou à legislação infraconstitucional o papel de regulamentar a constituição, a representação legal e o exercício de funções delegadas pelas entidades sindicais (art. 142, § 12). A lei que deveria regulamentar os dispositivos dessa nova Constituição não foi promulgada, o que ocasionou manutenção do quadro sindical decorrente da Constituição pretérita.

Similar previsão foi contemplada na Constituição de 1967, com o acréscimo de que era obrigatório o voto nas eleições sindicais (arts. 150, § 28, e 159, §§ 1º e 2º). A Emenda Constitucional (EC) n. 1/1969 manteve previsão similar às duas Constituições anteriores. Acresceu, porém, as funções a serem delegadas pelo Estado às associações sindicais: arrecadação, imposição de contribuições e execução de programas de interesse das categorias (arts. 153, § 18, e 166, §§ 1º e 2º).

Ao analisar o histórico do sindicalismo no Brasil, desde o seu surgimento até a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988 (CF/1988), Segadas Vianna resumiu:

Mas o fato é que o sindicalismo no Brasil nunca chegou a ter uma real expressão. Pela inexistência de indústrias e, conseqüentemente, de massa operária e de luta de classes, o sindicalismo que surgiu depois da Revolução Liberal, de 1930, deu-se sob o influxo e o patrocínio do Ministério do Trabalho e assim permaneceu durante todo o chamado "Estado Novo". Mesmo depois do regime constitucional os sindicatos continuaram sem expressão, salvo raríssimas exceções; mas, na década de 80, houve notável incremento da sindicalização, a partir das greves do ABC paulista, especialmente no setor de metalurgia. Os sindicatos mais

expressivos nas grandes cidades conquistaram sua autonomia, antes de proclamada pela Constituição de 1988.⁹

O sindicalismo, em outra síntese, geralmente percorreu três fases: proibição, tolerância e reconhecimento.¹⁰⁻¹¹

O sindicalismo no Brasil, em cotejo com o movimento ocorrido em alguns países da Europa, ficou muito aquém. O País, a partir de certo momento, prestigiou modelo intervencionista com a presença de *sindicatos oficiais*, o que impediu o pleno desenvolvimento das associações sindicais. Apenas na década de 1980 esse panorama começa, paulatinamente, a modificar-se, sobretudo pelo movimento ocorrido no ABC paulista e pela criação das centrais sindicais.

Entretanto, essa constatação não torna desimportante o movimento sindical ocorrido no Brasil. Mesmo com essas limitações, cumpriu e vem cumprindo um papel fundamental na democracia e nas relações de trabalho. Inclusive, nas fases iniciais da industrialização brasileira, algumas agremiações, além da reivindicação por melhores condições de vida material e sociocultural dos trabalhadores, pleiteavam a transformação do sistema de relações de produção e questionavam o imperialismo. A introdução dessas ideias, talvez, tenha sido favorecida pela diversidade étnica do contingente de assalariados, composto por grande número de estrangeiros (de diversas nacionalidades) e seus descendentes.¹²

Em virtude da forte intervenção estatal nas agremiações sindicais, que passaram a ser subsidiadas por contribuição sindical repassada pelo Estado, houve, de certa maneira, um enfraquecimento daquelas ideias revolucionárias iniciais presentes no sindicato e um repasse da tarefa de defender os interesses da categoria, ainda que parcial, ao Estado.

A CF/1988 (art. 8º), por outro lado, consagrou modificações importantes no modelo sindical brasileiro: garantiu livre associação,

9 SÜSSEKIND *et al.*, 1999, p. 1087.

10 BRITO FILHO, 2007, p. 53-56.

11 SÜSSEKIND *et al.*, 1999, p. 1085.

12 SIMÃO, Azis. *Sindicato e estado*. E outros escritos. Edição comemorativa do centenário do nascimento do autor. 3. ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2012, p. 48-50 e 61-62.

inclusive sindical; conferiu autonomia às agremiações sindicais; tutelou a liberdade associativa positiva e negativa; possibilitou aos sindicatos ampla substituição processual, entre outras. Conferiu às associações sindicais, portanto, a tarefa de representar a categoria e contemplou instrumentos extrajudiciais e judiciais de atuação, como a possibilidade de deflagrar movimento paredista, negociar coletivamente, celebrar convenções e acordos coletivos de trabalho e propor ações individuais e coletivas.

Todavia, a CF/1988 manteve reminiscências normativas do período autoritário: unicidade sindical, representação limitada por categoria, representação cingida ao território de um município, registro no Ministério da Economia (que incorporou as funções do Ministério do Trabalho), contribuição sindical obrigatória, representação classista¹³ e poder normativo da Justiça do Trabalho,¹⁴ o que, certamente, impede o pleno desenvolvimento da atividade sindical no País e representa manutenção parcial de um sistema sindical retrógrado e insuficiente.¹⁵

O sistema jurídico sindical no Brasil, portanto, possui previsões compatíveis com a ideia de democracia e outros pontos herdados do período corporativo. Nessa contradição sistemática, as associações sindicais possuem a atribuição de defender os interesses das categorias representadas.

Além desses óbices advindos do direito positivo e do processo histórico de formação das associações sindicais no Brasil, existem preocupações maiores e mais totalizantes, como a dificuldade de compartilhamento de interesses convergentes pelo único fato de as pessoas serem trabalhadores.¹⁶

Ainda em um nível macro, a *dessindicalização* e, por efeito, a menor presença dos sindicatos foram fator determinante na diminuição

13 A representação classista na Justiça do Trabalho foi extinta pela EC n. 24/1999.

14 Em sentido próximo, com variante de um ou outro ponto como herança do período autoritário: GODINHO, Mauricio Delgado. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 311; BRITO FILHO, 2007, p. 89, 91, 95, 115, 129 e 236.

15 GODINHO, 2005, p. 311.

16 OFFE, Claus. *Trabalho & sociedade*. Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. v. I, p. 113.

do nível da crítica ao qual se submeteu o sistema produtivo capitalismo a partir do início da década de 1980.¹⁷

No Brasil, além desses pontos destacados na História e no Direito, a Reforma Trabalhista, ocorrida em 2017, retirou a compulsoriedade da contribuição sindical (CLT, arts. 579, 582 e 583), que, posteriormente, veio a ser considerada constitucional pelo STF (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794), com corrosão, no Brasil, do sistema de custeio sindical, sem, porém, uma reforma sindical mais ampla, capaz de afastar os óbices anteriormente apontados. Por outro lado, permitiu que sindicatos fragilizados financeiramente pudessem negociar em padrões inferiores aos previstos legalmente (CLT, art. 611-A), o que comprometeu ainda mais o funcionamento das agremiações sindicais, sobretudo as representantes dos trabalhadores.

Um dos pontos cruciais, além de uma reforma sindical capaz de garantir o adequado funcionamento das associações sindicais, é o resgate e/ou o aprimoramento da legitimidade sindical perante as categorias representadas. Esse é o tema da próxima seção.

3 A RAZÃO COMUNICATIVA E O FUNCIONAMENTO DAS ASSOCIAÇÕES SINDICAIS¹⁸

O art. 8º, III, da CF/1988 previu ampla atuação dos sindicatos como substitutos processuais. Essa posição encontra eco no Tribunal Superior do Trabalho (TST), como se nota, por exemplo, no RR n. 1024-05.2018.5.09.0019, e no STF, consoante Tema n. 823.¹⁹ O aludido dispositivo constitucional, ademais, confere às associações

17 BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 286-287.

18 Trechos desta seção foram extraídos de estudo precedente: FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013.

19 “Os sindicatos possuem ampla legitimidade extraordinária para defender em juízo os direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da categoria que representam, inclusive nas liquidações e execuções de sentença, independentemente de autorização dos substituídos.” Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4758938&numeroProcesso=883642&classeProcesso=RE&numeroTema=823>.

sindicais a legitimidade para atuar em questões extrajudiciais (o texto se reporta a questões administrativas).

As agremiações sindicais, ao passo que possuem amplas possibilidades de atuação (defesa de direitos individuais e coletivos em sentido amplo, bem como nas arenas judicial e extrajudicial), estão obrigadas a defender os interesses das categorias representadas. É uma atuação vinculada aos interesses dos trabalhadores e dos empresários.

Essa vinculação aos interesses da categoria obriga que as entidades sindicais resgatem dos representados os interesses a serem tutelados. Essa é uma tarefa complexa, por existir pluralidade de ideias e de percepções (ainda que equivocadas) da realidade histórico-social dentro de uma mesma categoria, marcada por atividades comuns, conforme definições previstas no art. 511, §§ 1º a 4º da CLT.

A noção acerca da democracia deliberativa parece contribuir para o resgate dos interesses das respectivas categorias pelas agremiações sindicais. Ela parte da premissa de que as sociedades são plurais, complexas e multiculturais, o que dificulta ou torna improvável consenso prévio de conteúdo. Inversamente, é possível acertamento acerca de procedimentos para tomada de decisões em busca de resultados legítimos. Seu mecanismo essencial repousa no dever de justificar publicamente decisões aos demais participantes do debate e, por corolário, considerar as opiniões minoritárias. A validade dos conteúdos normativos se sujeita à possibilidade de serem esposados em forma de argumentos no espaço público.²⁰

Inexiste medida democrática. O Estado de Direito, em seu novo modelo, exige democracia radical.²¹ A democracia deliberativa proposta por Jürgen Habermas parte desse pressuposto, e aposto em um tipo democrático-procedimental. Sua análise perpassa pela política, teoria social e filosofia da linguagem. Pressupõe contextos de liberdade e igualdade institucionalizados pelo Estado de Direito para assegurar participação das minorias. Esse papel é

20 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 29-34.

21 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. I, p. 13.

desempenhado pelos direitos humanos fundamentais. O adjetivo *deliberativo* denota cenário argumentativo ao propiciar aos participantes possibilidades de aduzirem pontos favoráveis e repelirem alegações contrárias, bem como isonomia participativa com diminuição de desequilíbrios.²²

A democracia deliberativa respeita a força normativa da Constituição. Visa reconstruir a normatividade subjacente à noção de Estado democrático de direito como núcleo da ordem constitucional. Portanto, a Constituição é, concomitantemente, fonte primacial e limite para o intérprete.²³

O desacordo moral, aceitável e comum em sociedade pluralista, em vez de ceticismo, ao ser filtrado pela democracia deliberativa, desenvolve mecanismos de convivência e cooperação. Engaja-se na identificação de pontos compartilhados, possivelmente objetos de consenso. O Estado democrático assegura ao povo o poder decisório, enquanto o de direito garante mecanismos de participação e a convivência de pontos de vistas distintos.²⁴ Surge, com isso, versão procedimentalista da democracia, consistente em institucionalizar discursos e negociações com auxílio de formas de comunicação. Daí emanaria a racionalidade dos resultados.²⁵

Comumente se associa democracia à regra da maioria. Em que pese seu valor como vetor de participação de todos na formação do governo, furta-se como condição suficiente para manutenção do regime democrático.²⁶ A democracia deliberativa, além de englobar essa prerrogativa, permite decisões públicas sobre outras questões pela argumentação, com extratos racionalizantes e legitimados.²⁷

22 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 126-129.

23 SOUZA NETO, 2003, p. 50.

24 SOUZA NETO, 2006, p. 66.

25 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. II, p. 25 e 27.

26 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 28-29 e 40-43.

27 SOUZA NETO, 2006, p. 10.

A democracia deliberativa, para obter esses resultados, entretantes deverá contextualizar-se em cenário pautado por liberdade, igualdade, publicidade, com permissão participativa de maior número de envolvidos, com possibilidade de argumentação, sem qualquer tipo de coerção física e moral. Caberá ao Estado de Direito, integrado pelo princípio democrático, institucionalizar referidos pressupostos e limitar decisões majoritárias contrárias à soberania popular.²⁸

Essas premissas de uma democracia deliberativa procedimental parecem adequadas ao funcionamento das assembleias sindicais. Nestas são tomadas decisões cruciais para a atuação dos sindicatos. Esses atos devem se abster de serem meramente protocolares. Cabe às assembleias propiciar verdadeiras discussões acerca dos interesses das categorias, sob pena de fragilizar a legitimidade de atuação sindical.

As agremiações sindicais, embasadas nessa teorização, poderão transformar o processo de tomada de suas decisões em procedimentos participativos. Relegar-se-á eventual unilateralidade, com colheita e valorização de opiniões diversas, em contexto deliberativo com objetivo específico de edificá-lo racionalmente e coadunado com a realidade. Essa posição favorece, minimamente, a democracia e a legitimidade do resultado alcançado. Ao buscar recheiar suas decisões da faceta democrática deliberativa, a edificação coletiva da decisão, minimamente, poderá contribuir para afastar ou diminuir deformidades.

A suposta exclusão dos trabalhadores desse processo negocial de luta, avanços, retrocessos, vitórias e frustrações no seio de sua entidade sindical, além de prejudicar suas reivindicações coletivas, priva-os dessa senda reflexiva e do encontro dessas pessoas com elas mesmas e com todos os demais. Inexiste emancipação sem reflexão,²⁹ por terceiros, por delegação, apenas fora de si.

As condições procedimentais franqueiam possibilidade de que todos os argumentos e informações importantes sobre certo tema, disponíveis em determinada época, possam ser aflorados e debatidos

28 SOUZA NETO, 2006, p. 10 e 58.

29 POGREBINSCHI, Thamy. Liberdade + igualdade = emancipação. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (coord.). *Direito e marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 172.

racionalmente.³⁰ A procedimentalização discursiva deverá, minimamente, abrir-se a esse caminho e contentar-se com aproximações.³¹

As organizações sindicais devem atuar como mecanismos de canalização das reivindicações dos trabalhadores mediados. Essas agremiações, abstratamente, inexistem como seres desejosos. Essa questão é importante para refletir sobre o excesso de racionalização e burocratização dessas associações e, conseqüentemente, em alguns casos, seu distanciamento das pretensões das respectivas categorias. Algo similar ao que acontece, mas em outra perspectiva, no dualismo existente entre Estado e sociedade civil.³²

Descabe às agremiações sindicais, como ente existente em si, definirem quais são os interesses reivindicados pela respectiva categoria. Essa função é incumbência dos representados. A pretensão é deles, e não da agremiação em si.³³

As associações sindicais, muitas vezes, ao reproduzirem a contradição entre Estado e sociedade civil e formarem novos antagonismos e dualismos, geram, ainda que involuntariamente, estranhamento da categoria com a entidade indicada como mediadora de suas reivindicações. Ambas, categoria e agremiação sindical, tornam-se polos opostos. A associação se reconhece autonomamente, como sujeito de direitos, enquanto a categoria representada passa a se omitir na reivindicação de interesses ou o faz inutilmente por não ter seus pontos de vista considerados.³⁴

Esse caminho, além disso, parece favorecer a alienação dos integrantes da categoria. A contribuição das agremiações sindicais no processo de ruptura propício à (auto)emancipação é relativizada. A categoria passa a ser excluída do processo negocial e da luta pelos seus interesses. Permanece, em outro dizer, à margem dessas discussões e são alijadas também do momento decisório. A associação sindical,

30 HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 1987. t. 2, p. 457.

31 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c, p. 114-115.

32 FONSECA; LEITE, 2017.

33 FONSECA; LEITE, 2017.

34 FONSECA; LEITE, 2017.

desvinculada dos interesses da classe representada, age autonomamente, enquanto os representados passam a enxergá-la como algo similar a um Estado poderoso, detentor e concedente de direitos.³⁵

Indisfarçável, por outro lado, a imbricação entre democracia e direitos humanos fundamentais. Estes sem aquela são retóricas, disfarce de governo autoritário. Aquela sem estes impede a completude do regime e acaba, igualmente, por apresentar faceta imperiosa, desigual. A CF/1988, diferentemente, impôs a todos (inclusive as associações sindicais) a perseguição de regime democrático real, fático, verdadeiro.

O regime democrático é intenso. Exige observância de legitimidade na tomada de decisões. Aplica-se nas esferas pública e privada; interna e externamente. As associações sindicais deverão observá-lo em suas funções.

A proteção coletiva, alerta Habermas, deverá evitar apenas aliviar o indivíduo pela representação competente; é necessário, também, paulatinamente, engajá-lo na articulação de seus interesses³⁶ em prol de sua autonomia. Essa mesma ideia deve ser adotada pelas entidades sindicais.

Às assembleias sindicais cabe tornarem-se palcos debatedores. A recusa em participar e o dissenso, como possibilidades reais e aceitáveis no regime democrático, não implicam punição à parte resistente. Cabe, entretanto, convocar os membros integrantes da categoria e permitir a livre manifestação e o debate. É uma maneira de potencializar a legitimidade das decisões sindicais.

O positivismo jurídico e apegos metafísicos apenas legitimam formalmente decisões. Como alternativa: "[...] Parece haver uma saída através da regulamentação normativa de interações estratégicas, sobre os quais os próprios autores se entendem [...]".³⁷ Rejeitam-se aqueles paradigmas, como maneiras de regulação social, por serem insuficientes para alcançar resultados legítimos em contextos marcados pela diferença e pelo dissenso. Uma alternativa seria

35 FONSECA; LEITE, 2017.

36 HABERMAS, 2003b, p. 149.

37 HABERMAS, 2003a, p. 46.

propiciar interações entre as pessoas, que discutiriam e decidiriam seus destinos. Para tanto, haveria regulação de arenas debatedoras.

Habermas reconhece a existência de tensão entre facticidade e validade do Direito. A validade social ou fática é medida pela sua aceitação na comunidade em que é aplicada a norma, diferente do quadro fático artificial decorrente de ameaças de sanções jurídicas. A legitimidade, por seu turno, é verificada pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa decorrente de processo legislativo racional.³⁸

A legitimidade do Direito advirá da relação entre facticidade, da sua imposição normativa pelo Estado, e o processo de normatização racional.³⁹ Segundo Habermas “[...] Na perspectiva de falantes e ouvintes, um acordo não pode ser imposto a partir de fora e nem ser forçado por uma das partes”.⁴⁰ E prossegue: “[...] O consenso sobre algo mede-se pelo reconhecimento intersubjetivo da validade de um proferimento fundamentalmente aberto à crítica [...]”.⁴¹

A força do Direito deve advir da aliança entre positividade e a pretensão de legitimidade. É a tensão ideal entre facticidade e validade. Uma relação entre coerção do Direito e a ideia de auto-legislação decorrente da autonomia política dos cidadãos associados, que resgatam a pretensão de algo legítimo das próprias regras, racionalmente aceitáveis, sem a retaguarda de cosmovisões metafísicas e religiosas, dogmatizadas. Orientações somente podem ser obtidas pela argumentação.⁴²

O Direito, como mecanismo de integração social, tem a coerção como algo imanente. As pessoas, como membros associados livres e iguais, são destinatárias de regras. Igualmente, posicionam-se como autoras. A pretensão de legitimidade é recuperada do próprio Direito. Ela,

38 HABERMAS, 2003a, p. 47 e 50.

39 CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 140.

40 HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002, p. 71.

41 HABERMAS, 2002, p. 77.

42 HABERMAS, 2003a, p. 60-61 e 132.

em outro dizer, decorreria da legalidade, e esta se apoiaria naquela em um sistema de mão dupla, reciprocamente oxigenado.

O sistema jurídico deixa de ser autorreferencial por depender de validade social, ou seja, aceitação fática do Direito, bem como pelo fato de estar sujeito à resgatabilidade discursiva da pretensão de validade normativa, propiciatória de revigoração do sistema e permanente mudança. O mesmo aconteceria com as associações sindicais. Elas se absteriam de ser autorreferenciais. Devem-se postar como instrumentos de canalização das pretensões das respectivas categorias.

A fonte de legitimidade do Direito está, conseqüentemente, no processo democrático de legiferação, manifestado pelo princípio da soberania popular. Há formação discursiva da opinião e da vontade pelo uso da linguagem para alcançar convicções nas quais as pessoas possam concordar entre si, sem coerção. A legitimidade do Direito, portanto, apoia-se em arranjo comunicativo sucedido de assentimento de todos os possíveis atingidos.⁴³

A legitimidade do Direito decorre do pressuposto de que seus destinatários são também coautores dentro de cenário discursivo, sem coerção. Esse mote parece essencial na construção das decisões sindicais. Caberá observar essa ideia de *autolegislação*, consoante os pressupostos da teoria discursiva, como mecanismo construído pelos próprios destinatários.

A razão prática está adstrita a um ato singular ou a um macrosujeito. A razão comunicativa proposta por Habermas, diferentemente, possui sua racionalidade no *medium* linguístico, formador de interações e maneiras de vida. Esquiva-se, porém, como fonte de normas de agir, por não ser imediatamente informativa. Sua normatividade cinge-se aos pressupostos participativos. Como fio condutor, a razão comunicativa permite a recuperação de discursos, preparatórios da decisão. É forma de assimilar a tensão existente entre facticidade e validade do Direito.⁴⁴

Com a relativização do solipsismo, decorrente do abrandamento da razão prática, a ideia de uma entidade sindical como macrosujeito, ilhada, é enfraquecida.

43 HABERMAS, 2003a, p. 122 e 138.

44 HABERMAS, 2003a, p. 20-21 e 25.

O agir comunicativo se aproveita da linguagem como meio transmissor de informações com objetivo de integração social. As forças ilocucionárias das ações de fala assumem papel coordenador na ação. Atores, na condição de falantes e ouvintes, tentam negociar interpretações por processos de entendimento.⁴⁵

A ideia de Habermas é institucionalizar, pelo Direito, procedimentos comunicativos de criação e aplicação de normas jurídicas. Discursos morais, éticos, políticos, pragmáticos e jurídicos, formulados por argumentos, seriam tematizados e abertos ao debate. Haveria atendimento ao regime democrático e à soberania popular, em sua dimensão procedimental, por admitir sejam os cidadãos, concomitantemente, coautores e destinatários de normas jurídicas, com adoção de processo inclusivo numa relação de complementariedade entre autonomias pública e privada.⁴⁶

A discursividade oxigenaria esse modelo procedimental. Para a teoria discursiva, "[s]ão válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais".⁴⁷ A teorização do Direito, estribada no discurso, enxerga o paradigma do Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos de comunicação imprescindíveis para formação da opinião e da vontade. Esse exercício se dá pela autonomia. Seu resultado é a possibilidade de ordem jurídica legítima.⁴⁸ O princípio do discurso assume, pela via da institucionalização jurídica, a figura de um princípio da democracia.⁴⁹

O discurso racional é toda tentativa sobre pretensões de validade problemáticas, realizadas sob condições de comunicação, permissivas de movimento livre de temas, contribuições, informações e argumentos ilocucionários no interior de um espaço público. Atingidos são todos aqueles cujos interesses serão afetados pela regulamentação.⁵⁰

45 HABERMAS, 2003a, p. 36.

46 HABERMAS, 2003b, p. 41.

47 HABERMAS, 2003a, p. 142.

48 HABERMAS, 2003b, p. 181.

49 HABERMAS, 2003a, p. 158.

50 HABERMAS, 2003a, p. 142.

Esses parâmetros são imprescindíveis para compreender a maneira do discurso e a integração dos debatedores. Os planos de liberdade e igualdade na problematização de temas e argumentos e na inserção de debatedores materializam a possibilidade discursiva. Cabe a esses padrões, a nosso juízo, ser carreados para a construção das decisões sindicais a serem tomadas nas assembleias.

Pela teoria discursiva, a sociedade decorre de esfera propiciatória de espaços públicos para discussão e levantamento de temas. O Estado, como centro da esfera pública política, encarrega-se de tomar decisões ao transformar o poder comunicativo em poder administrativo.⁵¹ É maneira de as pessoas, efetivamente, participarem e decidirem seus destinos. A omissão participativa bem como a centralização e a delegação de todas as deliberações são relativizadas. O debate propiciará entendimento e decisões próximas ao almejado pelos destinatários e, conseqüentemente, algo compartilhado pela máxima de legitimidade.

O princípio do discurso permite adoção de ideia universal, segundo a qual toda norma válida tem que preencher a condição de que as conseqüências previsivelmente resultantes de sua observância possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos, com exclusão de conteúdos impassíveis de generalização e orientações axiológicas entrelaçadas em forma particular de vida.⁵²

Esse princípio universal, amparado em moral pós-convencional,⁵³⁻⁵⁴ contribui para ação comunicativa volvida para o entendimento, com desprezo às atuações meramente estratégicas. É enxergado em seu caráter deontológico e impede interpretações teleológicas. Mandamentos morais são seguidos porque enxergados como certos, sem esperar deles determinados fins. Normas jurídicas, aprovadas no teste de generalização, poderão conter cânones morais, porém nem sempre isso ocorre, pois o Direito não se encontra no mesmo nível de abstração da moral por se

51 REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 24-31.

52 HABERMAS, 2003c, p. 147.

53 O fundamento pós-convencional apresenta moral racional com enfoque reflexivo relativamente às suas próprias tradições (HABERMAS, 2003b, p. 39).

54 CRUZ, 2008, p. 144.

abrir, por necessidade, a outros fins e receber argumentos pragmáticos⁵⁵ e éticos políticos.⁵⁶⁻⁵⁷⁻⁵⁸

O princípio do discurso aprova os direitos que os cidadãos seriam compelidos a atribuir reciprocamente para regular legitimamente a convivência com os meios postos pela regra positivada.⁵⁹ Haveria institucionalização de direitos, que, por sua vez, assegurariam processos comunicativos pelos juízos de criação (e recriação) e aplicação das normas jurídicas.

Habermas indica o resultado decorrente da aplicação do princípio do discurso, com aprovação dos seguintes direitos fundamentais (humanos fundamentais): (I) direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação; (II) direitos resultantes da configuração politicamente autônoma do *status* de membro numa associação voluntária de parceiros; (III) direitos derivados imediatamente da possibilidade de postulação judicial. Esses três vetores assegurariam a autonomia privada das pessoas.⁶⁰

E prossegue: (IV) direitos à participação, em um plano de igualdade, nos processos de formação de opinião, no exercício de autonomia política, e pelos quais se constroem normas jurídicas legítimas; essa categoria encontra aplicação reflexiva por possibilitar modificação da posição pelo exercício do direito político de cidadãos livres e iguais; e (V) direitos a condições de vida assegurados social, técnica e ecologicamente, à medida que for

55 Argumentos pragmáticos procuram os meios apropriados para realização de fins. São teleológicos (HABERMAS, 2003a, p. 200).

56 Argumentos éticos políticos colocam-se na perspectiva de membros na obtenção de clareza sobre a forma de vida compartilhada e os ideais orientadores de projetos comuns (HABERMAS, 2003a, p. 201).

57 HABERMAS, 2003a, p. 193-194.

58 Com alerta de confusão semântica entre as palavras *ética* e *moral*, subsidiado na ontologia dos termos no grego clássico: Aloísio Krohling [KROHLING, Aloísio. *Ética moral: protótipos epistemológicos*. In: KROHLING, Aloísio (org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: CRV, 2010, p. 17-18]. Segundo esse autor, moral vem de *ethos* e tem conotação de regras de conduta. Ética decorre de *éthos* e objetiva a busca do viver bem.

59 HABERMAS, 2003a, p. 158-159.

60 HABERMAS, 2003a, p. 159.

necessário para aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados anteriormente.⁶¹

O rol apresentado por Habermas visa conceder autonomias privada e pública às pessoas. Propiciar contexto apto à construção de resultados legítimos, pautados pela democracia. Haveria agregação dos arquétipos de Estados liberal e social na formação do paradigma do Estado democrático de direito. O princípio do discurso como princípio democrático institucionaliza aqueles direitos para propiciar e assegurar a soberania popular.

Os direitos humanos fundamentais expostos por Habermas e filtrados pelo princípio do discurso apresentar-se-iam como regras do jogo democrático e assegurariam o agir comunicativo. Garantiriam liberdade e igualdade de participação na formação de normas jurídicas. Permitiriam, também, mudanças por nova deliberação e à luz de novéis argumentos. Tudo dentro de procedimento discursivo, institucionalizado, inclusivo e participativo: autonomia privada de um lado e pública de outro.

A institucionalização do discurso pressupõe, ainda, liberdade comunicativa isenta de violência. Os resultados obtidos decorreriam de aceitabilidade racional e entendimento.⁶² Logo, haveria possibilidade de renúncia ao agir comunicativo, sem punição e, do mesmo modo, impossibilidade de coerção para integração no processo argumentativo.

O exercício dessas facetas da autonomia (privada e pública), numa espécie de fusão de paradigmas dos Estados liberal e social, concede legitimidade ao aparato jurídico por transformar as pessoas, concomitantemente, em destinatárias e coautoras do Direito.⁶³ Os direitos humanos fundamentais cumpririam essas duas funções: permitiriam os projetos pessoais e institucionalizariam as condições de comunicação para formação da vontade.⁶⁴

61 HABERMAS, 2003a, p. 159-160.

62 HABERMAS, 2003a, p. 191.

63 HABERMAS, 2003b, p. 146-147.

64 HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003d, p. 69-71.

O sistema jurídico, oxigenado pelo princípio do discurso, deixa de ser circular, autorreferencial, fechado. A liberdade comunicativa, assegurada por direitos garantidores das autonomias privada e pública, proporciona resultados legítimos.⁶⁵ Para a teorização há ênfase no reconhecimento do direito de participação como fundamental. Sustentáculo da autonomia pública, asseguradora e transformadora, por sua vez, de projetos coletivos e individuais de vida, típicos da autonomia privada. Esse caráter participativo recepciona o cidadão como destinatário e coautor do direito e realça a democracia deliberativa procedimental.

A teoria discursiva do direito, proposta por Habermas, embora em contexto distinto, permite extração de premissas teóricas passíveis de potencializar o objetivo legitimador das decisões sindicais. O direito de fala não deve ser restrito aos dirigentes sindicais. Cumpre ser elástico aos demais participantes.

Questões seriam tematizadas e com a possibilidade de construção consensual e conjunta das decisões. Os direitos humanos fundamentais atuam como substratos e limites. Haveria ligação entre racionalidade comunicativa e prática social pelo paradigma da filosofia da linguagem, em processo dialógico entre sujeitos em busca do entendimento.⁶⁶

Peter Häberle alerta que a interpretação constitucional cingiu-se à sociedade fechada, limitada aos órgãos estatais. Propõe franquear o ato interpretativo a qualquer pessoa – física e jurídica – atingida pelos efeitos da Constituição, em respeito à sociedade pluralista e aberta.⁶⁷ De leitura oficial do direito, passar-se-ia à perspectiva oficiosa, informal, mais próxima da realidade. Em sua lição, traz ínsito ideal democrático e participativo.

A publicidade inerente às assembleias e o ideal participativo, além de entusiasmar a democracia, propiciariam alargamento da operação interpretativa do texto legal por capitanear opiniões informais,

65 HABERMAS, 2003a, p. 168.

66 REPOLÊS, 2003, p. 53-54.

67 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 12-13.

compatíveis com o pluralismo cultural e a solidariedade entre estranhos. Haveria aproximação entre dispositivo e norma jurídica. Até porque o sistema administrativo quanto mais se afasta e se torna independente do poder produzido comunicativamente tende a carregar *deficit* maior de legitimidade.⁶⁸

Atingidos são todos aqueles cujos interesses serão afetados pela regulamentação.⁶⁹ O critério é aplicável à convocação das assembleias sindicais. É parâmetro a ser observado quanto aos convidados para integrarem o debate. Por exemplo, em processos jurisdicionais nos quais se discute a realização de transações envolvendo direitos individuais dos integrantes das categorias, urgem debate e autorizações específicas para cada um deles. Em assembleias (outro exemplo) para decidir sobre a celebração de acordos coletivos de trabalho, caberá participação de todos os empregados que sejam atingidos pela norma coletiva.

O risco de dissenso é inerente ao agir comunicativo. Decorre da tensão entre facticidade e validade do paradigma do Estado democrático de direito. As assembleias sindicais devem encarar essa possibilidade com naturalidade. Há, portanto, um *direito* dos membros das categorias envolvidas em dizer não, sem consequências violentas e ameaçantes. O temor de discordância, entretanto, deve abster-se de impedir a prática comunicativa. Argumentos inconvincentes poderão transmudar-se para fortes razões no futuro. O tempo, possivelmente, trará novos fundamentos e, talvez, culminará, em outro contexto, na materialização de consenso racional e novas tomadas de decisão.

As entidades sindicais cumprem um papel fundamental na estruturação e no desenvolvimento do Estado democrático de direito. O aprimoramento do agir comunicativo em suas assembleias⁷⁰ (e os parâmetros indicados por Habermas parecem bastante adequados) consubstanciará avanços no processo de legitimidade da atuação sindical a par de uma pauta de atuação compatível com os interesses das categorias representadas.

68 HABERMAS, 2003b, p. 33 e 121.

69 HABERMAS, 2003a, p. 142.

70 Naturalmente, para aquelas entidades que possuem algum *deficit* comunicacional e democrático na construção de suas decisões.

4 CONCLUSÃO

As agremiações sindicais possuem amplas possibilidades de atuação e o seu agir está vinculado aos interesses das categorias representadas. O direito defendido pelo sindicato é o direito que a categoria deseja que seja sustentado. Cabe, portanto, existir uma identidade entre o pretendido pela categoria e a pauta formalmente apresentada pela agremiação sindical.

Para o alcance desse ponto, a associação sindical deve orientar seus procedimentos de tomadas de decisão por um ideal de democracia radical. Dessa forma, parece possível realçar a legitimidade das atuações judicial e extrajudicial das agremiações sindicais.

Este estudo, a partir da teoria da razão comunicativa proposta por Habermas, trouxe esse tema à discussão. A primeira seção abordou as organizações, enquanto a segunda analisou a razão comunicativa a partir da atuação sindical. A teorização *habermasiana*, no particular, parece aplicável ao funcionamento das associações sindicais e, talvez, torne a atuação (ainda mais) democrática.

REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. *Curso básico de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2006.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Ève. *O novo espírito do capitalismo*. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. *Direito sindical: análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do direito comparado e da doutrina da OIT – proposta de inserção da comissão da empresa*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Habermas e o direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. As associações sindicais como garantidoras de direitos e o papel do Ministério Público do Trabalho: considerações e propostas de atuação. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XIX, n. 37, p. 183-229, mar. 2009.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr, 2013.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da; LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Sindicato versus trabalhadores e a reprodução do dualismo entre Estado e sociedade civil. *Revista Magister de Direito do Trabalho*, Porto Alegre, v. 76, p. 60-81, jan.-fev. 2017.

GODINHO, Mauricio Delgado. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003c.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003a. v. I.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003b. v. II.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2002.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz (org.). *Direito e legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003d. p. 67-82.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madri: Taurus, 1987. t. 2.

KROHLING, Aloísio. Ética moral: protótipos epistemológicos. In: KROHLING, Aloísio (org.). *Ética e a descoberta do outro*. Curitiba: CRV, 2010. p. 17-35.

OFFE, Claus. *Trabalho & sociedade*. Problemas estruturais e perspectivas para o futuro da sociedade do trabalho. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. v. I.

POGREBINSCHI, Thamy. Liberdade + igualdade = emancipação. In: LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto; BELLO, Enzo (coord.). *Direito e marxismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 169-189.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. *Habermas e a desobediência civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Tratado de direito material do trabalho*. São Paulo: LTr, 2007.

SIMÃO, Azis. *Sindicato e estado*. E outros escritos. Edição comemorativa do centenário do nascimento do autor. 3. ed. São Paulo: Hucitec Editora, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1-73.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 1999. v. 2.

YONE FREDIANI

Advogada militante. Sócia-fundadora de Frediani e Borba Sociedade de Advogados. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (aposentada). Professora de Direito e Processo do Trabalho nos cursos de graduação e pós-graduação da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP). Professora Visitante da Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália, e da Universidad Tecnológica del Perú. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Membro do Conselho Superior de Relações do Trabalho da Federação das Indústrias de São Paulo (Fiesp). Membro da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Autora de artigos e livros nas áreas do Direito Individual, Coletivo e Processual do Trabalho. Doutora em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito das Relações do Estado pela PUC-SP. Mestre em Direitos Fundamentais pelo Unifief. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Sindical Italiano e em Direito Comunitário do Trabalho pela Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália.

O PORVIR DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA

Sumário: 1 Breve histórico sobre a origem e a evolução dos sindicatos na Europa e no Brasil. 2 Autonomia da vontade no ordenamento brasileiro. 3 Autonomia da vontade coletiva e as inovações da Lei n. 13.467/2017. 4 A negociação coletiva na experiência italiana. 5 O porvir da autonomia negocial coletiva e algumas reflexões.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DOS SINDICATOS NA EUROPA E NO BRASIL

O estudo da origem e da evolução dos sindicatos remete-nos à evolução do próprio trabalho desenvolvido pelo homem ao longo dos tempos.

Primeira premissa perfeitamente compreensível e justificável é que o homem queira, com maior razão, associar-se aos amigos, àqueles com os quais tenha elos de identidade ideológica, funcional, religiosa, etc.

Portanto, o espírito associativo do homem deriva de sua própria natureza, e é por este motivo que, nos Estados democráticos, os direitos do livre exercício de qualquer trabalho e da livre associação foram erigidos à condição de garantias fundamentais. Em nosso ordenamento tais garantias encontram-se previstas na Lei Maior no art. 5º, XIII¹ e XVII.²

Assim, dúvidas não pairam quanto ao fato de terem sido o interesse comum e a solidariedade entre pessoas que partilhavam do mesmo meio, da mesma atividade profissional, das mesmas dificuldades, responsáveis pelo embrião das associações profissionais e, posteriormente, dos sindicatos.

1 "Art. 5º [...]

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...]."

2 "Art. 5º [...]

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; [...]."

Lembra-se que, desde a mais remota Antiguidade, sempre existiram dois grupos: os que trabalham e os que se utilizam do trabalho executado.

Durante o regime da escravidão, pouco havia a ser considerado, visto que o escravo era tido como coisa, e, como tal, podia ser vendido, trocado, doado; era um objeto do qual seu proprietário poderia dispor livremente.

Da escravidão passou o homem a ser submetido à servidão, modelo em que o escravo galgou pequena melhoria, uma vez que não se encontrava mais sujeito ao seu proprietário, passando, porém, à condição de prisioneiro da terra, na medida em que os latifundiários, necessitando de mão de obra para prestação dos serviços nas grandes glebas, passaram a ceder aos trabalhadores pequenos lotes para cultivo.

Em troca, os proprietários recebiam a prestação pessoal de serviços e parte dos produtos obtidos; posteriormente, passaram a pagar pequenas importâncias em moeda corrente aos trabalhadores vinculados às suas glebas, sendo obrigados a prestar fidelidade e obediência ao latifundiário; na hipótese de eventual transação da propriedade, os trabalhadores costumavam permanecer no local, passando a trabalhar para o novo proprietário, motivo pelo qual esse período passou a ser conhecido como servidão à gleba, relação de produção que predominou nos primeiros séculos do feudalismo europeu.

Na Idade Média, surgem as corporações de artes e ofícios, através das quais os trabalhadores começaram a se organizar por profissões; cada corporação correspondia a uma determinada atividade profissional, estando seus membros sujeitos à seguinte hierarquia: mestres, companheiros e aprendizes.

Como é sabido, o mestre, além de dirigir a corporação, dispunha de recursos financeiros para o empreendimento da atividade, sendo auxiliado pelos companheiros, os quais, por sua vez, orientavam e iniciavam os aprendizes na obtenção de ofício ou profissão.

Inúmeros estudiosos do Direito Sindical, dentre eles Amauri Mascaro Nascimento, afirmam que as corporações precederam o sindicalismo, embora reunissem forças do capital e trabalho na mesma entidade, enquanto a criação dos sindicatos separou trabalhadores e empregadores em entidades distintas.

Na sequência histórica, surgiram as manufaturas que, por ato do Poder Público, conferiam o monopólio de determinada atividade econômica em determinada região a uma das corporações existentes, esclarecendo-se que, nesse sistema, os trabalhadores admitidos eram remunerados, embora não existisse à época qualquer contrato, pois não se permitia ao trabalhador discutir ou reivindicar melhores condições de trabalho.

A partir da revolução industrial, o trabalhador passa a integrar o processo produtivo, e ao final do século XVIII surgem os sindicatos, reconhecidos como entidades representativas das categorias pelo governo inglês no ano de 1824.

Importante realçar que o crescimento do número de trabalhadores associados ocorreu de tal forma motivando que os empregadores procedessem à fundação de seus próprios sindicatos.

A migração do homem do campo para os grandes centros em busca de trabalho e de melhores condições de vida impôs ao trabalhador o exercício de atividades produtivas sem qualquer limitação, advindo desse fato o surgimento das jornadas excessivas e os salários aviltantes.

Nesse contexto é que na Inglaterra, em 1862, foi firmado o primeiro contrato coletivo de trabalho, surgindo nos Estados Unidos a fixação da jornada normal de trabalho em oito horas diárias.

No panorama sinteticamente informado é que o Estado passou a intervir nas relações de trabalho, afastando-se da ideia liberal com a finalidade de proteger o trabalhador por meio das inúmeras normas trabalhistas.

Cita-se como exemplo a Constituição Mexicana de 1917, líder na proteção do trabalhador, com imposição de jornada mínima de trabalho, salário mínimo, descanso semanal, proteção da maternidade, etc., revelando-se marco histórico mundial.

Nesse mesmo sentido, em 1919, a Constituição de Weimar, além de regular o trabalho, estabeleceu formas de associação de empregados objetivando alcançar melhores condições de trabalho.

Também em 1919, o Tratado de Versalhes proíbe o tratamento do trabalho como mercadoria, determinando a igualdade de salários; a fixação da jornada diária de oito horas e de 48 horas semanais; o repouso semanal de 24 horas, coincidindo, sempre que possível, com o

domingo; o princípio da isonomia salarial sem distinção de sexo para trabalho de igual valor; a organização de serviços de inspeção do trabalho, com vistas à proteção do trabalhador; o regramento específico para mulheres e menores, além de tratar do direito à sindicalização.³

Decorrente do Tratado de Versalhes foi a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que, como instituição de caráter permanente e internacional, priorizando sua atuação no direito individual e coletivo do trabalho e, especialmente, considerando as relações coletivas, incentivou a garantia da liberdade sindical, fomentando a negociação coletiva.

Com efeito, o Preâmbulo da Constituição da OIT enumera temas considerados prioritários: regulamentação das horas de trabalho, prevenção do desemprego, nível salarial adequado, proteção do trabalhador contra doença e acidente do trabalho, proteção das crianças, jovens e daqueles que se encontram com idade avançada e, ainda, proteção dos trabalhadores empregados mediante o reconhecimento da liberdade de associação.

O agravamento da questão social motivou a maior intervenção do Estado para assegurar o necessário equilíbrio entre as classes de trabalhadores e empregadores, com o objetivo de garantir ao trabalhador um padrão de vida mais consentâneo com o progresso e com a valorização do homem, introduzindo a relação de emprego nos moldes em que é conhecida na atualidade.

No Brasil, a evolução sindical ocorreu muito depois e de maneira mais lenta, considerando que até 1888 o regime de trabalho era a escravidão.

Somente com o advento da República é que os sindicatos ganharam espaço no ordenamento brasileiro, pois a Constituição de 1891 assegurou, somente, a liberdade de associação.

Os primeiros sindicatos reconhecidos em 1903 estavam ligados ao meio agrícola e com o advento da Revolução de 1930 passaram a ser considerados colaboradores do Poder Público e instrumento indispensável à organização do trabalho.

O direito de associação em sindicato foi reconhecido pela Constituição de 1934; o princípio da unicidade sindical foi introduzido pela

3 PÉREZ, José Luís Monereo. *La metamorfosis del derecho del trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017.

Lei Maior de 1937; a inserção da Justiça do Trabalho como órgão do Poder Judiciário e o reconhecimento do direito de greve deram-se por meio da Carta Política de 1946.

Durante o período militar, assistiu-se, dentre outras limitações, à proibição do direito de greve na iniciativa privada e nos serviços públicos.

Finalmente, com o advento da Constituição de 1988, algumas inovações foram introduzidas no Direito Coletivo, como a proibição de interferência estatal para o registro dos atos constitutivos dos sindicatos, a garantia de liberdade de filiação e participação inclusive do aposentado, a participação obrigatória dos sindicatos nas negociações coletivas, o exercício do direito de greve ao servidor público civil, entre outras.

Contudo, restaram mantidos aspectos obsoletos como: a unicidade sindical e a organização por categorias,⁴ a obrigatoriedade de custeio da atividade sindical (revogada pela Lei n. 13.467/2017), a intervenção do Judiciário trabalhista na solução dos litígios de natureza coletiva (atenuada com a promulgação da Lei n. 13.467/2017).

Embora não se desconheçam os avanços adotados, a Constituição de 1988, ao eliminar as diversas formas de intervenção do Estado no que respeita à vida dos sindicatos, conservou aspectos contraditórios em relação à liberdade sindical ao manter o modelo de sindicato único, a representação por categoria, os tributos sindicais e o poder normativo da Justiça do Trabalho, afetando, repita-se, a necessária ratificação da Convenção n. 87 da OIT.⁵

4 “Art. 8º [...]”

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; [...].”

5 Embora não tenha ratificado a Convenção n. 87 da OIT, lembre-se que o Brasil está atrelado às disposições do art. 22 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966), da ONU, que integra o ordenamento jurídico brasileiro desde 1992. Em referido dispositivo, há acolhimento da liberdade sindical (viabilidade de opção entre a pluralidade e a unicidade sindicais) ao preceituar que “toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses”, clarificando, ademais, que “o exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da

2 AUTONOMIA DA VONTADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A autonomia da vontade nas relações coletivas de trabalho encontra fundamento no princípio da autonomia privada coletiva, que se desdobra na liberdade de reunião e de associação em geral e na liberdade sindical em particular.

Assim, a autonomia privada coletiva constitui um dos fundamentos da autonomia sindical, concretizando-se na representação atribuída aos sindicatos para, mediante negociação coletiva, promover a criação de regras jurídicas coletivas de trabalho que se projetam nos contratos individuais de trabalho.

Para que a criação dessas regras coletivas surja no mundo jurídico, torna-se obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas, pois constituem um procedimento prévio apto a gerar convenções e/ou acordos coletivos e como tal são denominadas fontes normativas de autocomposição reconhecidas pelo inciso XXVI do art. 7º da Lei Maior.⁶

Ressalte-se que a negociação coletiva alcançou importância máxima no ordenamento pátrio, ao constituir pressuposto necessário para a instauração do dissídio coletivo de natureza econômica, segundo o disposto no § 2º do art. 114 da Constituição.⁷

segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas". No mesmo sentido, o art. 8º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), da ONU (1966), também vigente no País desde 1992. Contém preceito similar o art. 16 do Pacto de San José da Costa Rica, a que igualmente se sujeita o Brasil na seara internacional regional interamericana. A matéria ganha relevo, notadamente, em decorrência do debate doutrinário acerca de que disposições devem preponderar em havendo conflito entre o estuário do Direito Internacional (global e regional) e aquele versado no Direito interno, ainda que de ordem constitucional, nas hipóteses que tratam sobre direitos humanos e aspectos relacionados ao denominado *ius cogens*.

6 "Art. 7º [...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; [...]."

7 "Art. 114. [...]

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente."

Avaliando tais aspectos, conclui Bezerra Leite que a negociação coletiva constitui procedimento prévio, sendo fundada no princípio da autonomia privada coletiva, tendo como objeto a criação de fonte formal – autônoma ou heterônoma – que pacificará eventual conflito coletivo de trabalho.

Importante enfatizar, ainda, que a negociação coletiva encontra limites fixados no denominado mínimo existencial, representados pelos direitos fundamentais indisponíveis civis e sociais diretamente relacionados à dignidade da pessoa humana.

Com essa visão de proteção e garantia dos direitos mínimos assegurados aos trabalhadores, afirma-se que somente em situações excepcionais e expressamente previstas na Lei Maior poderá haver negociação coletiva *in pejus*, impondo-se sua transitoriedade e justificação a ensejar este tipo de negociação, para estabelecer redução salarial ao trabalhador, de acordo com o inciso VI⁸ do art. 7^o, ou determinar a compensação de horário ou a redução da jornada de trabalho, segundo os incisos XIII⁹ e XIV,¹⁰ respectivamente, do dispositivo legal apontado.

Para que ocorra a negociação coletiva autêntica e válida, é necessária a existência de liberdade de negociação, obstada no sistema pátrio por força da unicidade sindical prevista no inciso II¹¹ do art. 8^o da CF/88, na medida em que o trabalhador não é livre para se associar ao sindicato de sua preferência, pois inexistente a

8 “Art. 7^o [...]”

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

9 “Art. 7^o [...]”

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; [...]”

10 “Art. 7^o [...]”

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

11 “Art. 8^o [...]”

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; [...]”

necessária pluralidade sindical, motivo pelo qual o Brasil se encontra em desacordo com os inúmeros ordenamentos jurídicos estrangeiros, inserindo-se no rol dos poucos países que ainda não ratificaram a Convenção n. 87 da OIT.

Por via de consequência, o modelo brasileiro de imposição de sindicato único ao trabalhador resulta que, na prática, as decisões produzidas nas assembleias que deveriam ser integradas por todos os trabalhadores envolvidos acabam tendo como resultado a vontade da diretoria do sindicato seguida de poucos filiados, autorizando a celebração do instrumento normativo – acordo ou convenção coletiva.

Necessário, também, avaliar que o modelo brasileiro de dispensa imotivada introduzido pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) põe em risco a verdadeira, autêntica e eficaz negociação entre trabalhadores e empregadores, na medida em que estes dispõem de elemento poderoso na delicada missão de negociar ao acenarem à categoria a possível ameaça do desemprego.

Importante também realçar que o trabalhador brasileiro, não fosse o altíssimo percentual de encargos tributários e previdenciários impostos aos empresários, poderia ser titular de melhores salários, razão da necessidade de revisão do atual modelo em que o assalariado ganha pouco, embora custe muitíssimo para seu empregador.

Todos os aspectos acima apontados, sem dúvida, interferem no produto da negociação coletiva, agravada pelo fato de que na atualidade o movimento sindical, após ter sofrido sensíveis transformações internas e externas em face da introdução de novas tecnologias e da perda de associados, vive situação ainda mais delicada e difícil, marcada pela perda dos recursos provenientes do cancelamento do imposto sindical.

Com efeito, verifica-se que a extinção da obrigatoriedade quanto ao recolhimento da contribuição sindical pelos trabalhadores refletiu, de imediato, no cotidiano dos sindicatos, provocando a redução de suas atividades e a demissão de muitos trabalhadores que prestavam serviços em prol de suas categorias, lembrando que a nova lei permite a cobrança da contribuição sindical, facultativamente, desde que autorizada de forma prévia e expressa pelo trabalhador, segundo a regra contida no art. 579 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

As inovações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 refletem-se no disposto nos arts. 611-A e 611-B, da CLT, tendo o primeiro deles estipulado que a convenção coletiva e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre as matérias elencadas em seus incisos, enquanto o disposto no art. 611-B enumera as matérias que não podem ser reduzidas ou suprimidas por estarem inseridas no rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Embora se utilize a expressão “negociado x legislado”, acredita-se que o fundamental seja o exame crítico das possibilidades em que a negociação coletiva, como direito fundamental dos trabalhadores, possa compor eventual litígio entre as categorias de trabalhadores e empregadores, adaptando as condições de trabalho ao dinâmico mundo real do mercado de trabalho ante as transformações que surgem rapidamente, possibilitando, pois, a flexibilização dessas relações sempre que necessário, permitindo regular situações das mais diversas espécies e que correspondem às necessidades das partes envolvidas, citando-se como exemplo a introdução de formas de proteção contra a automação e as novas tecnologias, dentre outras matérias de igual relevância.

E a explicação para tais circunstâncias em que trabalhadores e empregadores possam celebrar acordos ou convenções coletivas que divergem do ordenamento legal fundamenta-se nas situações econômicas e financeiras, nos locais em que os serviços são prestados e nas condições específicas e peculiares de trabalho realizado em uma unidade ou setor produtivo, adaptando-se a necessidade dos interessados às reais condições de trabalho.

3 AUTONOMIA DA VONTADE COLETIVA E AS INOVAÇÕES DA LEI N. 13.467/2017

Com o propósito de modernização da legislação trabalhista, a Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, alterou a CLT em diversos aspectos tanto na área do direito individual quanto no campo do processo e do direito coletivo, modificando substancialmente o sistema de custeio da organização sindical, pois a contribuição sindical, no passado obrigatória, passou a ser facultativa; alterou, também, aspectos da afirmação da autonomia da vontade coletiva com o objetivo de atribuir às negociações coletivas segurança jurídica e responsabilidade negocial dos sindicatos.

Os sindicatos, de acordo com a norma inserta no inciso III¹² do art. 8º da CF, representam os interesses individuais e coletivos da categoria administrativa ou judicialmente, lembrando que a vontade coletiva está subordinada às decisões tomadas pela assembleia dos interessados que autorizam a celebração de acordo ou convenção coletiva, bem como contribuições para o respectivo sindicato, segundo o disposto no inciso IV¹³ do mesmo dispositivo legal apontado.

Uma das inovações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017 trata da intervenção mínima do Judiciário em relação à autonomia da vontade coletiva, com o objetivo de reconhecer que essa autonomia de vontade representa a exata dimensão das manifestações produzidas em assembleia, impedindo que a negociação coletiva ajustada seja revista pelo Poder Judiciário especializado, citando-se como exemplo a regra contida no art. 477-B¹⁴ da CLT, ao estipular que o plano de demissão voluntária ou incentivada previsto em acordo coletivo acarreta a quitação plena e irrestrita dos direitos decorrentes da relação de emprego.

A hipótese concreta examinada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) trata da possibilidade de uma categoria dos trabalhadores ajustar, por meio de acordo coletivo, situação distinta da previsão legal relativa à extinção do contrato de trabalho, questionando, dessa forma, os limites da autonomia coletiva para negociação, bem como se, diante de um contexto de crise financeira, a negociação coletiva poderia adotar planos de demissão incentivada com o objetivo de minimizar os efeitos nem sempre desejados pelas partes nas demissões coletivas, além do alcance da quitação outorgada pelo trabalhador.

12 "Art. 8º [...]

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

13 "Art. 8º [...]

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei; [...]"

14 "Art. 477-B. Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual, plúrima ou coletiva, previsto em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, enseja quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição em contrário estipulada entre as partes. (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017)."

As decisões proferidas em primeiro e segundo graus de jurisdição confirmaram a integral validade do acordo coletivo, mantendo a quitação outorgada pelos trabalhadores, tal como previsto no instrumento celebrado; porém, apresentado recurso de revista, concluiu o Tribunal Superior do Trabalho (TST) pela validade da quitação outorgada apenas em relação às parcelas discriminadas no termo de rescisão contratual, tendo em conta o disposto no § 2^o¹⁵ do art. 477 da CLT, aduzindo que a transação pressupõe concessões recíprocas diante da *res dubia*, devendo ser interpretada restritivamente, porque os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis, razão pela qual a transação extrajudicial no plano do Direito do Trabalho deve ser considerada com reservas, especialmente se ajustada no curso da relação de emprego.

Importante lembrar que a matéria discutida é muito controversa na Justiça do Trabalho em todos os seus graus de jurisdição, encontrando-se decisões em sentidos antagônicos sobre a validade da quitação ampla do contrato de trabalho em decorrência de adesão a plano de demissão voluntária.

O recurso extraordinário interposto por um banco foi admitido com sua repercussão geral reconhecida, submetendo à apreciação da mais Alta Corte questões relativas envolvendo transação extrajudicial como forma de rescisão do contrato de trabalho, por meio de plano de demissão incentivada, e se a quitação outorgada ensejaria quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego na hipótese de que essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo, com fundamento de que a recusa quanto à validade da transação com tal amplitude enseja violação ao ato jurídico perfeito (art. 5^o, XXXVI, da CF) ou ao direito dos trabalhadores ao reconhecimento dos acordos coletivos (art. 7^o, XXVI, da CF).

A decisão proferida no RE 590.415¹⁶ constituiu, portanto, um *leading case* sobre o alcance da autonomia da vontade no direito coletivo do

15 "Art. 477. [...]"

§ 2^o O instrumento de rescisão ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou forma de dissolução do contrato, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas. (Redação dada pela Lei n. 5.584, de 26.6.1970)."

16 Disponível em: portal.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 10 dez. 2020.

trabalho tal como compreendida pelo Supremo Tribunal Federal, que, através dessa decisão, reconheceu a importância das negociações coletivas para a pacificação de conflitos e, ainda, para a produção de normas que disponham sobre as relações trabalhistas, sem desconsiderar que tais negociações se sujeitam a alguns limites, na medida em que a autonomia coletiva da categoria de empregados não é ilimitada nem pode dispor de direitos indisponíveis.

Com tais considerações, validou o plano de dispensa incentivada aprovado com base em acordo coletivo, com ampla participação dos empregados, legitimamente representados pelo respectivo sindicato, mediante (I) adesão voluntária dos trabalhadores, (II) percepção de vantagem considerável em contrapartida, (III) quitação plena de toda e qualquer parcela eventualmente devida em decorrência da relação de emprego, mesmo quando não especificadas todas as parcelas, na forma do art. 477, § 2º, da CLT, devendo prevalecer a norma autônoma sobre a heterônoma.

Diante do acima exposto, inexistem dúvidas quanto à valorização e ao reconhecimento da validade das negociações coletivas celebradas entre empregadores e trabalhadores que, lideradas pelo sindicato, culminaram com a produção de negócio jurídico consistente no plano de demissão voluntária, ressaltando que a autonomia da vontade integra a conjuntura da sociedade contemporânea em que se deu a reforma da legislação, passando de um modelo intervencionista do Estado para um estágio em que este, reduzindo sua interferência nas relações coletivas, determina a valorização da autonomia coletiva privada.

Importante recordar que, antes mesmo da promulgação da Lei n. 13.467/2017, o STF já havia manifestado entendimento jurisprudencial dominante pela prevalência da negociação coletiva (RE 590.415),¹⁷ entendendo que no âmbito coletivo inexistente qualquer assimetria de poder entre as partes, já que concretizada entre entes coletivos.

Outro aspecto de relevância introduzido pela Lei n. 13.467/2017 refere-se às alterações dos arts. 578 e 579 da CLT, extinguindo a obrigatoriedade da contribuição sindical prevista pelo inciso IV do art. 8º da CF/88.

17 Disponível em: portal.stf.jus.br/jurisprudência. Acesso em: 10 dez. 2020.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, nos termos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.794 e em outras 18 ADIs¹⁸ ajuizadas contra a nova regra legal, e ainda na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) n. 55, declarou tal modificação constitucional.

Pondera-se, no entanto, que a extinção da principal fonte de custeio dos sindicatos, sem a necessária implementação de regras de transição, foi responsável pelo enfraquecimento das entidades sindicais brasileiras, privadas de sua fonte de custeio, especialmente no momento em que a negociação coletiva foi prestigiada pela Reforma Trabalhista, segundo a regra contida no art. 611-A¹⁹ da CLT.

Contudo, entende-se que o legislador, antes mesmo de atribuir maior destaque à negociação coletiva, deveria ter promovido a necessária reforma do modelo sindical vigente, eliminando definitivamente os dispositivos obsoletos e já mencionados, notadamente a unicidade sindical, que afetam inclusive a ratificação da Convenção n. 87 da OIT, privilegiando, dessa forma, a plena e integral proteção da liberdade sindical, em consonância também com o Precedente Normativo n. 478 adotado pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT.²⁰

Necessário, porém, enfatizar que a autonomia da negociação coletiva não é ilimitada, na medida em que encontra parâmetros objetivos e claros diante do disposto no art. 611-B²¹ da CLT, dispondo

18 Disponível em: portal.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 10 dez. 2020.

19 “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017) [...].”

20 Precedente Normativo n. 478 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT: “As disposições contidas em uma constituição nacional relativas à proibição de criar mais de um sindicato para uma determinada categoria profissional ou econômica, independentemente do nível de organização, em uma determinada área territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estão em conformidade com os princípios da liberdade sindical” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NO_RMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3944462,1. Acesso em: 30 mar. 2021).

21 “Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: (Incluído pela Lei n. 13.467, de 2017) [...].”

de rol taxativo de direitos em relação aos quais não se pode transigir, pois ao se referirem a normas de ordem pública inderrogáveis impedem que as partes possam negociar conteúdo protegido ante o interesse público.

Como exemplo dessa afirmação se constata que as partes não podem negociar, por meio de acordo ou convenção coletiva do trabalho, condições inferiores ao mínimo obrigatório inserto nas normas de ordem pública, sob pena de violarem os direitos humanos fundamentais e a dignidade humana do trabalhador, como ocorre com as regras voltadas à segurança e à medicina do trabalho, valendo dizer que, em tese, a negociação coletiva é livre no que respeita aos direitos de indisponibilidade relativa e limitada quanto aos direitos revestidos de indisponibilidade absoluta.

Em apertada síntese, afirma-se que a autonomia privada coletiva não pode violar três grandes direitos, quais sejam: as liberdades individuais, as liberdades coletivas e os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

Nos dias atuais, muito se tem discutido a respeito de a negociação coletiva poder dispor sobre a obrigatoriedade da vacinação contra a Covid-19 e se a recusa do trabalhador poderia constituir justa causa para rescisão do contrato de trabalho. Considerando que o sindicato é o representante constitucional da categoria no que respeita aos interesses individuais e coletivos, sua participação em instrumento coletivo é legítima, necessária e válida para assuntos dessa grandeza e importância, em virtude da necessária proteção coletiva contra a transmissão da Covid-19, atualmente postulado de conotação universal.

4 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NA EXPERIÊNCIA ITALIANA²²

Uma breve síntese da história do sindicalismo italiano revela que, com o fim da 2ª Guerra Mundial, uma nova Constituição foi adotada pela Itália em 1947, alterando profundamente a legislação sindical que, com pequenas alterações, ainda se encontra em vigor

22 Texto elaborado com a colaboração do Professor Alberto Levi, professor ordinário de Direito do Trabalho junto à Universidade de Modena e Reggio Emilia, Itália.

no ordenamento italiano, rompendo radicalmente com a ordem corporativa anterior ao estabelecer em seu art. 18²³ o princípio da liberdade associativa, que, seguido da norma contida no art. 39,²⁴ fundamenta a autonomia coletiva por meio da negociação coletiva e da liberdade sindical.

O pluralismo sindical italiano baseia-se no critério voluntário de agregação, que permite a escolha pelo trabalhador de sindicatos de categorias formados por ramo de indústria ou setores da economia, além dos sindicatos de profissionais.

Constata-se, pois, que o modelo sindical italiano é essencialmente democrático e escolhido livremente pelos próprios trabalhadores, numa relação de interesses entre estes e o sindicato que os representa.

Importante ressaltar que o Estado italiano não pode interferir em nenhum aspecto das diretrizes de organização dos sindicatos, como definição de categoria profissional, estabelecimento de pluralidade de entidades sindicais em qualquer base territorial e, em especial, no que se refere à obtenção de recursos sindicais.

No modelo italiano, as receitas dos sindicatos são oriundas da contribuição facultativa e privada de seus associados, provocando a diversidade de atividades promovidas pelas entidades sindicais na busca de maior adesão de filiados e aumentando, assim, suas receitas.

Como produto do modelo pluralista italiano, foram fundadas as mais expressivas confederações de trabalhadores, a saber, a Confederação Geral Italiana dos Trabalhadores (CGIL), a Confederação Italiana dos Sindicatos dos Trabalhadores (CISL) e a União Italiana do Trabalho (UIL).

23 "Art. 18. *I cittadini hanno diritto di associarsi liberamente, senza autorizzazione, per fini che non sono vietati ai singoli dalla legge penale. Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni de carattere militare.*"

24 "Art. 39. *L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.*"

O sindicato tem uma estrutura vertical e outra horizontal. A estrutura vertical envolve todos os trabalhadores e empresas pertencentes ao mesmo setor produtivo, enquanto a estrutura horizontal possui caráter intercategoriais e intersetorial, agrupando trabalhadores pertencentes a todos os diversos setores produtivos; e no vértice das duas estruturas encontram-se as confederações.

As organizações coletivas de trabalhadores e empregadores têm um objetivo: a celebração do contrato coletivo, que pode ser realizada pelos sindicatos nacionais ou interconfederais ou, ainda, entre um empregador e os representantes dos trabalhadores, surgindo o contrato coletivo empresarial.

Os contratos coletivos apresentam um conteúdo normativo, disciplinando relações individuais de trabalho e um conteúdo obrigatório destinado a disciplinar relações obrigatórias entre as mesmas partes.

Encontram-se no ordenamento italiano vários tipos de contratos coletivos, a saber: contrato coletivo corporativo, contrato coletivo previsto pelo art. 39 da Constituição, contrato coletivo previsto pela Lei n. 741/1959 e contrato coletivo de direito comum.

Das espécies acima apontadas, apenas o contrato coletivo de direito comum, regulamentado pelo art. 1.322 do Código Civil, representa a modalidade mais frequente utilizada no ordenamento italiano, que estipula aos contratos individuais de trabalho o respeito à autonomia coletiva, com a consequência de que cláusulas do contrato individual sejam substituídas por aquelas do contrato coletivo mais favoráveis.

Importante realçar que a contratação italiana se articula por meio de contratos interconfederais, contratos nacionais de categoria, contratos locais ou provinciais de aplicação limitada, contratos de empresa e contratos aplicáveis a uma única unidade produtiva.

O primeiro deles, contrato coletivo corporativo, corresponde ao contrato utilizado durante o período corporativo, ou seja, durante o período fascista. Sob o aspecto de eficácia subjetiva, quanto aos sujeitos destinatários das regras previstas, o contrato coletivo corporativo possuía eficácia *erga omnes*, valendo dizer, era aplicável a todos os integrantes da categoria.

O segundo tipo, o contrato coletivo previsto pelo art. 39 da Constituição, refere-se ao contrato coletivo celebrado por sindicato

registrado. O art. 39 estabelece que os sindicatos podem requerer seu registro perante os órgãos locais ou centrais.

A única condição para se obter o registro a que se refere o art. 39 é a existência de um ordenamento interno democrático, ou seja, sua organização deve ser eleita pela base dos trabalhadores.

Além do registro, o art. 39 atribui ao sindicato, que obtém com o registro personalidade jurídica, a possibilidade de celebração de contratos coletivos com validade *erga omnes*.

Contudo, o art. 39 da Constituição não tem sido mais utilizado, até porque os sindicatos, regra geral, não requerem seu registro, e atualmente não existem na Itália sindicatos registrados. Os motivos são variados, possivelmente entre eles o fato mais relevante refere-se ao temor de que os sindicatos registrados pudessem ser controlados pelo Estado.

No período pós-corporativo na Itália, o contrato coletivo não teve sua eficácia estendida a todos os integrantes da categoria, e tal circunstância representa a premissa para compreensão do terceiro tipo contratual coletivo, o contrato coletivo previsto pela Lei n. 741, de 1959. Corresponde a uma lei delegada do Parlamento que outorgou ao Governo a edição de decretos legislativos que ultrapassaram o conteúdo dos contratos coletivos, permitindo assegurar mínimos inderrogáveis de tratamento econômico e normativo abrangente de todos os integrantes da mesma categoria.

A delegação prevista pela Lei n. 741, de 1959, deveria vigorar por um ano. Contudo, em 1960, foi promulgada a Lei n. 1.027, que estipulou a prorrogação do mecanismo previsto na Lei n. 741.

Sobre essa questão se pronunciou a Corte Constitucional, considerando legítima a Lei n. 741 e em sentido contrário a Lei n. 1.027.

Por fim, a última categoria de contrato coletivo presente no ordenamento italiano é o denominado contrato coletivo de direito comum.

Das espécies acima apontadas, apenas o contrato coletivo de direito comum, regulamentado pelo art. 1.322²⁵ do Código Civil, representa

25 "Art. 1322. *Autonomia contrattuale*

Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative). Le parti possono anche concludere contratti

a modalidade mais frequente utilizada no ordenamento italiano, que estipula aos contratos individuais de trabalho o respeito à autonomia coletiva, com a consequência de que cláusulas do contrato individual sejam substituídas por aquelas do contrato coletivo mais favoráveis.

O contrato coletivo de direito comum, a rigor, tem eficácia subjetiva limitada aos associados dos sindicatos. Para que referido contrato tenha aplicação, é necessário que o empregador participe da entidade patronal estipulante e que exatamente do mesmo modo o trabalhador participe do mesmo sindicato acordante.

Portanto, o contrato coletivo celebrado atualmente na Itália é o contrato do direito comum, sendo compreensível que, nos dias atuais, a questão fundamental que o direito sindical deve resolver diz respeito ao efeito *erga omnes*, juntamente com os aspectos da representatividade sindical.

Particularmente, como apontado, em sentido estrito, o contrato coletivo de direito comum é aplicável somente aos associados do sindicato, e em relação ao nível de sua aplicação ocorreram diversas intervenções legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, voltadas à ampliação da eficácia subjetiva *erga omnes* do contrato coletivo de direito.

Oportuno ressaltar que entre as várias intervenções, uma delas, de origem jurisprudencial e, talvez, a mais significativa, funda-se no art. 36²⁶ da Constituição italiana. Referida norma estabelece que o trabalhador tem direito a uma retribuição proporcional à quantidade e à qualidade do trabalho prestado e que seja suficiente a garantir a este e a sua família uma existência livre e digna. Dois são os princípios fundamentais. O princípio da proporcionalidade de um lado e o princípio da suficiência retributiva de outro.

Interessa, nesse sentido, somente o princípio da suficiência. Quando um trabalhador não sindicalizado considera que sua retribuição não corresponde a princípio da suficiência retributiva de que trata

che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

26 "Art. 36. Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi."

o art. 36 da Constituição, pode, com toda evidência, dirigir-se ao juiz do Trabalho.

O magistrado, com a finalidade de estabelecer o valor da retribuição a ser reconhecida ao trabalhador, decide segundo a equidade. Normalmente, sob o aspecto aplicativo, ocorre que frequentemente o juiz toma como parâmetro de referência o contrato coletivo apontado. O juiz não está obrigado a tomar o contrato coletivo referido porque é meramente facultativo. Contudo, frequentemente age dessa maneira. E assim o fazendo, o juiz limita-se a estender a quem não seja associado do sindicato um contrato de direito comum, que, por força da via jurisprudencial, assume uma eficácia subjetiva que ultrapassa o limite de aplicação somente aos inscritos.

Como se verifica, trata-se de uma orientação jurisprudencial consolidada pelo tempo no ordenamento jurídico italiano, o qual juntamente com as demais orientações jurisprudenciais, além das doutrinárias e legislativas, permite concluir que o contrato de direito comum, de rigor, teria uma eficácia subjetiva limitada somente aos associados. Na realidade, as orientações têm há algum tempo procurado estender *erga omnes* tal eficácia.

5 O PORVIR DA AUTONOMIA NEGOCIAL COLETIVA E ALGUMAS REFLEXÕES

Concluídas as considerações mais relevantes sobre a negociação coletiva, cabe a indagação sobre o tema proposto: qual o futuro da autonomia negocial coletiva?²⁷

Sem quaisquer considerações sobre convicções políticas ou ideológicas, acredita-se ser necessária a formação de um novo modelo sindical, adaptado às novas realidades do mundo globalizado e, em especial, do mundo digital, cujas modificações ocorrem com rapidez e irreversibilidade dos antigos conceitos e práticas.

Passa-se, então, a formular algumas considerações para reflexão sem qualquer pretensão de esgotar a matéria sobre o futuro da atividade sindical.

²⁷ Texto parcialmente retirado de trabalho apresentado no Seminário “Sindicatos no novo modelo produtivo”, realizado em 10 de dezembro de 2020 pela Universidade de Valência, Espanha.

Em face das consequências provocadas por força da Lei n. 13.467/2017, uma de suas alterações principais deu-se com a extinção da contribuição sindical compulsória, fonte de sustentação econômica da estrutura sindical, patronal e profissional, com introdução do caráter facultativo de tais contribuições.

Diante desse novo cenário, a atividade sindical, que no passado sempre esteve ligada à celebração de convenções e acordos coletivos vinculados à contribuição sindical obrigatória, a partir da denominada reforma trabalhista passou a ter caráter facultativo, rompendo com o modelo anterior no qual os sindicatos possuíam receita certa, independentemente de sua atuação em prol da categoria que representassem.

Acrescente-se a este cenário toda a legislação decorrente das crises sanitária e econômica, que, a partir de 2020, introduziu a negociação direta entre trabalhador e empregador, com afastamento da intervenção sindical.

Considerado o novo modelo de contribuição facultativa, bem como as novas tecnologias introduzidas no sistema produtivo, não se desconhece a realidade de que em quase todos os países os sindicatos de trabalhadores vêm perdendo filiados, pois as novas formas de produção e de prestação de serviços provocaram uma fragmentação das empresas e, por consequência, uma pulverização dos trabalhadores, circunstâncias que conduzem a uma nova abordagem sobre o futuro do trabalho e da organização sindical.

O isolamento social imposto pela pandemia decorrente da Covid-19 foi determinante na aceleração da alteração das relações de trabalho e nos meios de produção usuais, provocando a imediata expansão do *home office* ou do teletrabalho, timidamente regulamentado no ordenamento brasileiro.

Atente-se que o atual retorno progressivo à atividade econômica deveria estar marcado pela atuação sindical em defesa da saúde de seus representados, por meio da concessão e da implementação, pelos empregadores, das medidas sanitárias individuais e coletivas, bem como da revisão e da concessão de todos os equipamentos de proteção individual possíveis e necessários à preservação da saúde dos trabalhadores.

O desafio colocado aos sindicatos de trabalhadores ante a nova realidade que avança a passos largos é enorme, porque, diversamente do que ocorreu nas Revoluções Industriais anteriores, que extinguiram postos de trabalho de baixa qualificação, a atual Revolução 4.0 atinge, também, trabalhadores que possuem alto grau de qualificação ao utilizar inteligência artificial, robôs, máquinas interligadas pela internet em uma multiplicidade de atividades.

A previsão é de que as indústrias 4.0 deverão se apresentar ainda mais rentáveis e competitivas, acarretando aos trabalhadores maiores dificuldades na obtenção de uma colocação no mercado de trabalho, com a certeza de que poucos terão a garantia de um contrato de trabalho, na medida em que os contratos sob o regime de autonomia terão maior abrangência, não se desconhecendo a precariedade global de inúmeras atividades para as quais sequer existe qualquer tipo de contrato ou regramento mínimo.

Neste contexto, é importante que as empresas sediadas no território nacional, pouco importando seu porte, sua atividade ou seu segmento, com fundamento nos princípios constitucionais insculpidos no art. 170 da Lei Maior que tratam da atividade econômica, destacando-se, dentre eles, função social da propriedade, livre concorrência, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego, pratiquem o aperfeiçoamento de sua responsabilidade social com a mesma rapidez com que são introduzidas as inovações tecnológicas, incorporando em seus universos do cotidiano os novos tipos de trabalho e de contratos, nem sempre necessariamente de trabalho, com a constante e necessária preocupação de qualificação e formação profissional dos trabalhadores, pois uma das principais diferenças entre a atual Revolução 4.0 e as anteriores é a rapidez das transformações e da utilização sempre crescente das tecnologias da automação.

Para se ter a exata dimensão desses fatos, informações colhidas da Confederação Nacional da Indústria²⁸ revelam que sete entre dez grandes indústrias brasileiras já utilizam tecnologias digitais, objetivando aumentar a eficiência de seu processo de produção bem como melhorar a gestão dos negócios, e que por esses motivos

28 Disponível em: www.portaldaindustria.com.br/cni/estatisticas. Acesso em: 10 dez. 2020.

o avanço das novas tecnologias será responsável por uma nova abordagem das relações de trabalho, estabelecendo nova dinâmica quantitativa e qualitativa dos postos de trabalho e contribuindo, de modo decisivo, para a descentralização da força de trabalho.

Estima-se que a relação de trabalho clássica fundada no trabalho executado integralmente na sede do empregador com jornada rígida, mediante constante supervisão do empresário, tende a ser substituída rapidamente por uma relação mais flexível, seja em relação ao local onde o serviço é prestado, seja quanto ao horário de trabalho e, especialmente, quanto aos meios de controle do trabalhador.

Os anos 1980 foram responsáveis pelo fortalecimento da atividade sindical brasileira em virtude da forte expansão da atividade industrial, com o surgimento de grandes conglomerados de empresas e a potencialização do sentimento do espírito coletivo dos trabalhadores em busca de melhores salários e condições de trabalho, período esse marcado por intensa atividade dos sindicatos de trabalhadores.

Contudo, a realidade que se apresenta na atualidade é muito diferente em razão da diminuição da atividade industrial, com a transferência de inúmeros conglomerados industriais para outros países, passando o setor de serviços a ocupar o papel central da atividade econômica, somando-se a tais fatos como moldura de fundo a irreversível utilização das novas tecnologias na produção e na prestação de serviços.

Nesse contexto e voltando à indagação inicial, necessária sua complementação: estão os sindicatos brasileiros preparados para lidar com essa nova realidade?

A consideração que se pretende fazer gira em torno daquelas entidades sindicais que por longos períodos tiveram seu custeio garantido pela contribuição sindical obrigatória recentemente suprimida, que nenhum serviço prestaram às categorias na busca de melhores salários e condições de trabalho, e que tampouco exerceram sua função primordial, qual seja, a atividade negocial, na defesa dos interesses individuais e coletivos dos trabalhadores, limitando-se aoajuizamento de dissídio de natureza econômica, sabedoras dos inúmeros precedentes existentes no âmbito dos Tribunais Regionais e Superior do Trabalho.

Assim, a Reforma Trabalhista, ao incluir profunda mudança no modelo até então vigente com a introdução da contribuição sindical facultativa – bem como quaisquer outras contribuições sindicais –, que impôs que o respectivo desconto ou recolhimento da mesma contribuição esteja condicionado à prévia autorização do trabalhador, rompeu com a lógica perversa da manutenção compulsória do custeio da atividade sindical pelo trabalhador, pouco importando se a este seriam promovidas e destinadas as atividades previstas legalmente.

Em decorrência da atual situação financeira dos sindicatos com o término do custeio de suas atividades pela contribuição sindical obrigatória, as entidades de trabalhadores estão sendo desafiadas a se reorganizar e a buscar novas dimensões às suas funções e atividades sindicais em prol da categoria que representam. Nessa reorganização, destacam-se as mobilizações de trabalhadores pelas redes sociais, com convocação para participação em assembleias virtuais, divulgação das negociações coletivas concretizadas ou outros assuntos de real interesse da categoria, como a promoção de cursos de qualificação e requalificação profissional.

Informações veiculadas pela imprensa televisiva dão conta de que, no atual mundo global informatizado, cerca de 60% dos trabalhadores dos países avançados utilizam as redes sociais com frequência para discussão de assuntos de interesse da categoria, programando inclusive suas mobilizações, citando como exemplo a recente mobilização de motoristas da Uber nos Estados Unidos, por meio da qual empreenderam campanha agressiva que resultou na obtenção de novos benefícios e proteções para a realização de suas atividades.

No território nacional, especialmente nas grandes capitais, manifestação semelhante ocorreu quando entregadores de alimentos por meio de plataformas realizaram seus protestos.

Por conseguinte, a sobrevivência e a capacidade de reorganização do movimento sindical impõem permanente desafio às entidades sindicais no enfrentamento diário pela necessidade de comunicação e informação ao trabalhador e pela organização dos objetivos que a luta na defesa de seus direitos exige.

De acordo com a nova realidade, estima-se que os sindicatos patronais e profissionais que pretenderem bem representar a respectiva

categoria deverão demonstrar a necessidade e a utilidade de filiação aos seus representados por meio da promoção de cursos de qualificação e requalificação profissional, inclusive os que se voltam à inclusão digital, e da negociação coletiva que traga aos trabalhadores melhores condições de trabalho, de tal modo que cada um dos trabalhadores passe a acreditar na validade e na utilidade de, voluntariamente, contribuir para a entidade sindical.

As tecnologias provocaram rápidas, inúmeras e irreversíveis alterações no mundo do trabalho. Seus efeitos começaram com a perda de postos de trabalho e as alterações nas relações de trabalho, e passaram pelas novas formas de prestação de serviços por meio de plataformas digitais, como Uber, Rappi, Ifood, situações concretas que impõem mais um desafio aos sindicatos na sensível tarefa de representação desses trabalhadores que, no presente momento, sequer estão representados como categoria.

Por via de consequência, a negociação coletiva dos trabalhadores em plataformas se afigura a única opção concreta para regulamentação dessas relações de trabalho, enquanto se aguarda a morosa normatização pelo Estado, abrindo espaço ao diálogo para atender a uma diversidade de interesses econômicos e sociais dos integrantes dessas mesmas relações de trabalho.

Como lembra Yuval Harari,

nenhum dos empregos humanos que sobram estará livre da ameaça da automação, porque o aprendizado de máquinas e a robótica continuarão a se aprimorar. Um caixa do Walmart de quarenta anos de idade desempregado que graças a esforços sobre-humanos consegue se reinventar como piloto de drone poderá ter de se reinventar novamente dez anos depois quando a pilotagem de drones poderá também ter sido automatizada. Essa volatilidade também dificultará a organização de sindicatos e a garantia de direitos trabalhistas. Se hoje muitos novos empregos em economias avançadas já envolvem trabalho temporário sem proteção, trabalho de freelancer e tarefas isoladas realizadas só uma vez, como sindicalizar uma profissão que prolifera e desaparece em uma década?²⁹

Uma última consideração necessária analisando o mundo digital em que vivemos – considerando as atividades praticadas diariamente

29 HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 54.

por meio de aplicativos para aquisição de medicamentos, produtos alimentícios em geral e alimentos processados, aluguel de imóveis ou veículos, acessórios, calçados e vestuário, movimentações financeiras de toda ordem, enfim, do nosso cotidiano em tempos de distanciamento social –, a propósito do futuro da negociação coletiva envolvendo trabalhadores em plataformas digitais e que ainda não se encontram representados por sindicatos, caminha-se em direção ao reconhecimento das associações de trabalhadores digitais, marco primeiro indicado pela OIT em estudo realizado sobre a promoção de trabalho decente aos trabalhadores digitais.³⁰

Finalizo reproduzindo palavras do nosso homenageado: “Quem aprende deve transmitir aos outros”.

Parabéns, Professor Rodrigues Pinto!

REFERÊNCIAS

A AUTONOMIA privada coletiva e a reforma trabalhista – 4ª Revolução Industrial. *Advocacia Ruy de Mello Miller*, Santos, SP, 31 mar. 2020. Disponível em: <https://www.miller.adv.br/single-post/2020/03/31/autonomia-privada-coletiva-e-a-reforma-trabalhista-4%C2%AA-revolu%C3%A7%C3%A3o-industrial>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2017.

BARROS, Cassio Mesquita. O futuro da liberdade sindical: novo projeto. Palestra proferida em 17 de agosto de 2004 no Instituto dos Advogados de São Paulo; texto fornecido pelo autor.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O direito coletivo do trabalho no Supremo Tribunal Federal: planos de demissão incentivada e autonomia da vontade, um estudo de caso. *Rev. TST*, São Paulo, v. 84, n. 2, p. 19-42, abr./jun. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/143169>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Presidência da República. *Consolidação das Leis do Trabalho de 1943*. Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://>

30 INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo*. Como fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Geneva: Internacional Labour Office, 2019.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao. Acesso em: 19 fev. 2021.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. *Diário Oficial de Justiça*, Brasília, 13 jul. 2017. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao. Acesso em: 19 maio 2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito sindical*. São Paulo: LTr, 2019.

FREDIANI, Yone. *O futuro das relações de trabalho no centenário da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2020.

GABRIEL, Martha. *Você, eu e os robôs: pequeno manual do mundo digital*. São Paulo: Atlas, 2020.

GALANTINO, Luisa. *Diritto sindacale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2005.

GEMIGNANI, Tereza Asta. Autonomia privada coletiva e intervenção estatal. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 12, p. 25-42, 2000. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/112054>. Acesso em: 21 fev. 2021.

GIUGNI, Gino. *Diritto sindacale*. Bari: Cacucci Editore, 2008.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. *Compilation of decisions of the Committee on Freedom of Association*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO:70002:P70002_HIER_ELEMENT_ID,P70002_HIER_LEVEL:3944462,1. Acesso em: 30 mar. 2021.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Como fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Geneva: Internacional Labour Office, 2019.

JOÃO, Paulo Sergio. Reflexões trabalhistas Conjur. A intervenção mínima do Judiciário na autonomia da vontade coletiva. *Conjur*,

São Paulo, 24 ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-24/reflexoes-trabalhistas-intervencao-minima-judiciario-autonomia-vontade-coletiva>. Acesso em: 30 mar. 2021.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Manual de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Sendo vedada a intervenção e/ou a interferência do Estado na organização sindical, qual o papel reservado ao Ministério Público do Trabalho em matéria de negociação coletiva? In: FLORINDO, Valdir; MANNRICH, Nelson; BELMONTE, Alexandre; FREDIANI, Yone (coord.). *Autonomia da vontade nas relações de trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2017.

MELO, Raimundo Simão. Justifica-se a intervenção do Ministério Público do Trabalho na negociação coletiva sob a justificativa de que o sindicato não é atuante ou suficiente? In: FLORINDO, Valdir; MANNRICH, Nelson; BELMONTE, Alexandre; FREDIANI, Yone (coord.). *Autonomia da vontade nas relações de trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2017.

MELO, Raimundo Simão. Reflexões trabalhistas Conjur. Os limites da negociação coletiva para o sistema jurídico brasileiro. *Conjur*, São Paulo, 22 jan. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-22/reflexoes-trabalhistas-limites-negociacao-coletiva-sistema-juridico>. Acesso em: 30 mar. 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. São Paulo: LTr, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho, de 19 de junho de 1998*. Disponível em: https://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_portuguese.pdf. Acesso em: 17 fev. 2019.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Negociação coletiva: guia de políticas/Departamento de Governança e Tripartismo (Governance), Departamento de Igualdade e Condições de Trabalho*

(Workquality). Genebra: OIT, 2015. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_714849.pdf. Acesso em: 10 fev. 2018.

PASSARELLI, Giuseppe Santoro. *Diritto sindacale*. Roma: Laterza, 2011.

PÉREZ, José Luís Monereo. *La metamorfosis del derecho del trabajo*. Albacete: Editorial Bomarzo, 2017.

RIBEIRO, Rafael E. Pugliese. *Reforma trabalhista comentada*. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

RODRIGUES, Douglas Alencar. Autonomia negocial e relações de trabalho: a (in)disponibilidade de direitos nas esferas individual e coletiva à luz da Lei 13.467/17. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima; BELMONTE, Alexandre Agra; FREDIANI, Yone (coord.). *O futuro das relações de trabalho no centenário da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Lex Magister, 2020.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. *Direito sindical e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

ROLFINI, Fabiana. Plataformas digitais de trabalho crescem e ameaçam direitos trabalhistas, diz OIT. *Olhar Digital*, [s. l.], 25 fev. 2021. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2021/02/25/pro/plataformas-digitais-de-trabalho-crescem-e-ameacam-direitos-trabalhistas-diz-oit/>. Acesso em: 30 mar. 2021.

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

ROSIN, Gianmaria. *Diritto del lavoro*. *Diritto sindacale e legislazione sociale*. Milano: Ventiquattrore, 2005.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 102, p. 135-159, jan./dez. 2007. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67753>. Acesso em: 25 fev. 2021.

STÜRMER, Gilberto. Direito sindical e coletivo do trabalho. In: LUDOVICO, Giuseppe; ORTEGA, Fernando Fita; NAHAS, Thereza Christina (coord.). *Novas tecnologias, plataformas digitais e direito do trabalho*. Uma comparação entre Itália, Espanha e Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

*Obra composta em Barlow e Zilla Slab
e impressa em Brasília-DF
Tiragem: 700 exemplares
Recursos gráficos: freepik.com*

