IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR: PERSPECTIVAS CRÍTICAS CONSTITUCIONAIS, DA OIT E ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS

T758
Trabalho, tecnologias, multinacionais e migrações: desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global [Recurso eletrônico on-line] organização IV Congresso De Estudos Jurídicos Internacionais e I Seminário Internacional De Pesquisa Trabalho, Tecnologias, Multinacionais E Migrações -TTMMs – Belo Horizonte;

Organizadores: Fabrício Bertini Pasquot Polido, Maria Rosaria Barbato e Natália das Chagas Moura – Belo Horizonte, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-671-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Desafios contemporâneos e expansão dos direitos humanos na ordem democrática global

1. Trabalho. 2. Tecnologias. 3. Multinacionais. 4. Migrações. I. I Congresso de Tecnologias Aplicadas ao Direito (1:2018 : Belo Horizonte, BH).

CDU: 34

IV CONGRESSO DE ESTUDOS JURÍDICOS INTERNACIONAIS E I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA TRABALHO, TECNOLOGIAS, MULTINACIONAIS E MIGRAÇÕES -TTMMS

DIREITOS HUMANOS DO TRABALHADOR: PERSPECTIVAS CRÍTICAS CONSTITUCIONAIS, DA OIT E ORGANIZAÇÕES NÃO GOVERNAMENTAIS

Apresentação

Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações:

por que discutir os constantes desafios dos direitos humanos na ordem democrática global?

Fabrício B.Pasquot Polido

Maria Rosaria Barbato

Natália Das Chagas Moura

Debates contemporâneos sobre os desafios dos direitos humanos, suas teorias e agendas de resistência e transformação não poderiam ficar alijados da compreensão analítica em torno da relevância ou pertinência de temas transversais da globalidade e que hoje merecem atenção pela academia brasileira. Os múltiplos movimentos envolvendo pessoas, as forças laborais, o capital, e os produtos do intelecto, em escala global, não apenas ignoram fronteiras, padrões culturais ou referenciais morais e éticos, como sistematicamente a realidade prática e pragmática tem demonstrado. Eles igualmente escancaram o esgotamento das formas e procedimentos ditados pelo direito, suas instituições e narrativas.

Nas entrelinhas e encruzilhadas do repertório de atores, contextos e papéis reduzidos ao imaginário das crises cíclicas, da sucessão das fases do capitalismo (industrial, financeiro, tecnológico e informacional) ao longo dos séculos ou da banal “pós-modernidade”, florescem espaços e pontes de transição, sobretudo construídos a partir do trabalho crítico na academia e projetado para governos, legisladores, tribunais, e para a sociedade como um todo. Essa seria a proposta de repensar a permanência e a estabilidade dos direitos humanos como instrumentos transformadores e de irreversível apelo de tolerância. Entre seus desafios contemporâneos, dentro da própria reconceptualização e afirmação do Estado Democrático

de Direito, certamente encontram-se a necessária integração entre o exercício de prerrogativas da cidadania e o resgate da humanidade que deve subsistir em todas as partes do globo, regiões ou localidades.

Com essa nota introdutória, a presente obra vem coligir os estudos coletivos elaborados para a o IV CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS JURÍDICOS e o I SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE PESQUISA EM DIREITO "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações –"TTMMs": Desafios contemporâneos dos direitos humanos na ordem democrática global", eventos científicos realizados nos dias 18, 19 e 20 de abril de 2018, na cidade de Belo Horizonte, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Os agradáveis encontros de abril congregaram parceiros acadêmicos nacionais e internacionais que se engajaram em iniciativa inovadora e inclusiva de reflexão crítica no Direito e suas interfaces transdisciplinares.

As iniciativas aqui relatadas envolveram ações especialmente voltadas para disseminar a produção na área do Direito, evitando-se incorrer em quaisquer arbitrariedades formalistas que poderiam minar a relevância da dogmática como objeto de estudos no Direito ou vulgarizar o caráter laborativo que deve nortear a academia e as universidades brasileiras. Nesse sentido, em linha com os formatos de plenárias e sessões de discussão de trabalhos, os eventos destacaram a proposta de articular as dimensões políticas, regulatórias, sociais e normativas em torno dos movimentos gerados pelo eixo analítico "Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – TTMMs", absolutamente inédito na América Latina.

A tarefa de coordenação acadêmica, tendo como plataforma inicial o tradicional e prestigiado Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, com doutorado mais antigo em funcionamento no Brasil (desde 1932), seria a de proporcionar esse espaço de reflexão, agora registrado em obra publicada pelo Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). Da mesma forma, a oportunidade criada pelos idealizadores veio a sediar a quarta edição do Congresso Internacional de Estudos Jurídicos, projeto acadêmico de iniciativa dos estimados colegas e professores Luciana Aboim e Lucas Gonçalves, da Universidade Federal do Sergipe - UFS, em continuidade à terceira edição do evento realizada em setembro de 2017, na cidade de Aracajú, Sergipe.

A centralidade do trabalho torna-se cada vez mais evidente nas sociedades de capitalismo central e periférico, haja vista os novos arquétipos que veem surgindo a partir da divisão internacional do trabalho, propiciado tanto pela intensa utilização das tecnologias digitais, bem como pelas migrações, muitas vezes provocadas pela nefasta prática do dumping social e ambiental.

Com o objetivo de proporcionar às leitoras e leitores o aprofundamento de temas contemporâneos no eixo investigativo “Trabalho, Tecnologias, Multinacionais e Migrações – “TTMMs”, o livro permitirá apresentar os desafios a serem enfrentados na interface com os direitos humanos. Esperamos que os trabalhos aqui selecionados e sistematicamente organizados possam capitanear novas pesquisas temáticas e que respondam a demandas de investigação na academia, dentro da compreensão de dinâmicas e condicionantes que afetam e transformam a sociedade global no século XXI.

Belo Horizonte, outubro de 2018.

O 'TRABALHO COMO MERCADORIA' NA REFORMA TRABALHISTA: O ARTIGO 456-A À LUZ DA PRINCIPIOLOGIA NACIONAL E INTERNACIONAL

THE LABOR AS A COMMODITY IN THE LABOR REFORM: THE ARTICLE 456-A IN LIGHT OF NATIONAL AND INTERNATIONAL PRINCIPLES

Adriana Saraiva Lamounier Rodrigues [1]
Daniela Muradas Antunes [2]
Carolina Pereira Pinto [3]

Resumo

O presente artigo, cuja metodologia é teórico-propositiva, terá como objetivo analisar criticamente o art. 456 - A, caput e § único, implementado pela Lei 13. 467/2017 (Reforma Trabalhista), que diz respeito ao padrão de vestimenta no ambiente laboral e à higienização do uniforme do trabalhador. Cumpre demonstrar em que medida tal dispositivo é inadequado lógica e doutrinariamente, fazendo-se imprescindível a manutenção de uma interpretação criteriosa no caso concreto e convém justificar a necessidade de se retomar um discurso comprometido com o diálogo das fontes e com os princípios norteadores do Direito do Trabalho nacional e internacional.

Palavras-chave: Reforma trabalhista, Garantias fundamentais, Hermenêutica jurídica

Abstract/Resumen/Résumé

This article, whose methodology is theoretical-propositive, aim to critically analyze the article 456 - A, implemented by Law 13. 467/2017 (Labor Reform), which refers to the standard of dress in the work environment and to the hygiene of the worker's uniform. It is necessary to demonstrate to what extent this legal device is inadequate logically and doctrinally, making it imperative to maintain a careful interpretation in the case and it is necessary to justify the need to resume a discourse committed to the guiding principles of national and international Labor Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Labor reform, Fundamental guarantees, Legal hermeneutics

[1] Pós-Doutorado em andamento na UFMG. Doutora em Direito pela UFMG em cotutela com a Universidade de Roma Tor Vergata. Master em Direito Sindical pela Universidade de Roma Tor Vergata. Advogada.

[2] Pós-Doutora em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP. Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela UFMG. Professora Associada de Direito do Trabalho da UFMG.

[3] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estagiária da Divisão de Assistência Judiciária da Faculdade de Direito da UFMG.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade pós-industrial trouxe consigo muitas mazelas, notadamente no que diz respeito às relações de trabalho. Diante da expansão da ordem capitalista em virtude do processo de globalização, o tensionamento entre os polos 'capital – trabalho' tornou-se ainda mais patente.

A negociação coletiva é, por certo, instrumento de diálogo entre capital e trabalho. De um lado a empresa que quer produzir para auferir lucro e de outro o trabalhador que vende sua força de trabalho para sua subsistência. Dessa forma, para que haja equilíbrio de forças nesta conversa é mister que os trabalhadores se reúnam em sindicatos fortes, articulados e atuantes.

O movimento sindical, criado no cenário de luta e resistência, viveu período próspero entre as décadas de 40 e 70 no Brasil. A reestruturação produtiva pós-fordista, todavia, trouxe um novo modelo de empresa que propicia a desregulação, terceirização, precarização e fragmentação do trabalho, o que refletiu, por conseguinte, no movimento sindical, fragilizando a própria noção de coletividade da classe trabalhadora.

Flexibilizar tem sido ordem da vez. "Flexibilizaram-se os limites geográficos, flexibilizaram-se os entraves que dificultavam a comunicação, flexibilizaram-se as relações econômicas, flexibilizaram-se os limites culturais e agora se flexibilizam as relações de trabalho" (CARMO, 2011). E, nesse contexto, flexibilizar significa diminuir direitos.

É nesse contexto de esfacelamento e desprestígio do movimento sindical, com a retomada da agenda neoliberal, que se insere o discurso de "modernização" do Direito do Trabalho e salvaguarda da autonomia da vontade privada, pela prevalência do negociado sobre o legislado.

Além de recentes decisões proferidas pelo STF que, "jogaram lenha na fogueira da destruição do sistema de proteção alcançado minimamente nos últimos 70 anos" (LOGUERCIO E LOPES, 2005), foi aprovada no ano pretérito a proposta de reforma trabalhista liderada pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), cujo ponto nevrálgico é exatamente a supremacia das fontes autônomas laborais.

Dessa forma, o presente artigo se propõe à análise da proposta de prevalência do negociado sobre o legislado a partir dos recentes julgados proferidos pela Suprema Corte, perpassando brevemente pela reforma trabalhista aprovada por meio da Lei 13.467/17, sob o prisma do princípio da vedação do retrocesso social.

2 NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO – INVERSÃO DE PERSPECTIVAS

O Direito do Trabalho, tal qual outros ramos do Direito brasileiro, se concretiza por meio da pluralidade de fontes, de natureza normativa e autônoma, pois tanto o Estado quanto os particulares detêm legitimidade para tal. Embora seu núcleo regulador esteja na Constituição de 1988 (CR/88) e Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as relações laborais também são regidas por leis ordinárias, decretos, princípios, regulamentos de empresa e as negociações coletivas.

A atividade negocial formalizada pelos Acordos Coletivos de Trabalho – entre empresa e sindicato de determinada categoria – e Convenções Coletivas de Trabalho – entre os sindicatos de trabalhadores de categoria e patronal, são, portanto, fontes autônomas do Direito do Trabalho, as quais prevalecem sobre a legislação celetista, sempre que for mais benéfica ao trabalhador, polo hipossuficiente da relação empregatícia.

Isto porque, ao mesmo tempo em que a CR/88 estabeleceu em seu art. 7º, XXVI, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, o *caput* do artigo pressupõe rol mínimo de direitos aos trabalhadores rurais e urbanos, chancelando sua progressividade na expressão "além de outros que visem à melhoria de sua condição social".

No plano internacional, a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), fonte heterônoma do ordenamento jurídico brasileiro e com status de supralegalidade, também assevera no art. 19, item 8 que em nenhum caso a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão afetar lei, sentença, costume ou acordo que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1944).

Da mesma forma, a Convenção nº 98 sobre Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva e a Convenção nº 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil, além da Recomendação 163, fomentam as negociações coletivas enquanto instrumento que viabilize a criação de direitos trabalhistas, a fim de melhorar das condições sociais do trabalhador.

Nesse sentido, afirma Valdete Souto Severo, que a "hierarquia dinâmica das fontes formais traduz justamente a possibilidade (e o limite) que a norma coletiva tem de promover melhorias e com isso superar a fonte formal estatal de direito". (SEVERO, 2017)

Em abono desta tese, a magistrada cita o italiano Gino Giugni para dizer que as normas coletivas se justificam exatamente para o fim de pressionar os empregadores a melhorar as condições de trabalho, ao reconhecer a regra de *inderrogabilità in pejus* que torna

nula qualquer cláusula normativa que restrinja, mitigue ou contrarie texto de lei. (GIUGNI *apud* SEVERO, 2017).

As decisões proferidas pelo STF recentemente (RE 590.415 e RE 895), privilegiando a negociação coletiva em prejuízo de direitos trabalhistas, contrariam, portanto, toda a lógica originária do Direito do Trabalho de progressão de direitos sociais do trabalhador, violando, a um só tempo a Constituição, CLT e Convenções Internacionais.

2.1 As decisões do Supremo Tribunal Federal e a teoria do precedente judicial – *distinguishing*

A reação para a crise política, econômica e social brasileira vivenciada no atual quadrante histórico, tem sido materializada por meio de políticas de austeridade. No mundo do trabalho, além da via legislativa, com a promulgação das Leis 13.029/17 e Lei 13.467/17 (Reforma Trabalhista), além de tramitação da Proposta de Emenda Constitucional 287/2016 (Reforma Previdenciária), o Poder Judiciário também tem endossado medidas dessa natureza pela via jurisdicional.

Nesse sentido, pertinente a colocação de Antônio Casimiro Ferreira ao dizer que a atividade dos tribunais, no contexto de crise, revela a existência de uma "jurisprudência da austeridade" que tem por objeto o direito de exceção (FERREIRA, 2011, p. 05).

Muito embora a função primeira do Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Judiciário, seja a guarda e a interpretação da Constituição (artigo 102 da CR/88), presenciou-se, recentemente, a ruptura da teleologia protetiva inerente ao ordenamento jurídico vigente diante da supressão de direitos trabalhistas no julgamento dos REs 590.415 e 895.759.

Em 2015, o Plenário do STF decidiu, unanimemente, no RE 590.415de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, pela afirmação 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 (BRASIL, STF, 2015)

O Recurso Extraordinário foi interposto pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A (BESC), por insatisfeito com acórdão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que desconsiderou a quitação ampla do contrato de trabalho em face da adesão ao Programa de

Dispensa Incentivada (PDI) de 2001, consignando que deveria se limitar às parcelas discriminadas no recibo, pelos seguintes motivos:

> i) a quitação somente libera o empregador das parcelas estritamente lançadas no termo de rescisão, a teor do art. 477, §2º, CLT; ii) todos os termos de rescisão de contratos de trabalho com o BESC mencionavam as mesmas parcelas como quitadas, nos mesmos percentuais indenizatórios, o que demonstraria que não foram precisadas as verbas rescisórias efetivamente devidas a cada trabalhador e seus valores, tendo-se elaborado mero documento pro forma, com a inclusão de todas as possíveis parcelas trabalhistas e percentuais hipotéticos; iii) a transação pressupõe concessões recíprocas a respeito de res dubia, elemento que inexistia no caso; iv) a transação interpreta-se restritivamente; v) os direitos trabalhistas são indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis; vi) deve-se tratar "com naturais reservas" a transação extrajudicial no plano do Direito do Trabalho, "máxime se firmada na vigência do contrato de emprego". (BRASIL, STF, RE nº 590.415, Data de julgamento: 30/04/2015, Relator Ministro: Luiz Roberto Barroso, data de publicação: 29/05/2015)

O Banco recorrente, por outro lado, alegou violação aos art. 5º, XXXVI[1] e 7º, XXVI[2], ambos da CR/88, o que foi acatado pela Suprema Corte, superando os fundamentos apontados pelo Tribunal Superior Especializado.

O relator afirmou em seu voto que a Constituição "reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas" inclusive para a redução de direitos trabalhistas. (BRASIL, STF, 2015)

O Ministro consignou ainda que a Constituição de 1988 "prestigiou a autonomia coletiva da vontade como mecanismo pelo qual o trabalhador contribuirá para a formulação das normas que regerão a sua própria vida, inclusive no trabalho" (BRASIL, STF, 2015).

No ano seguinte, 2016, o Supremo voltou a referendar norma coletiva, suprimindo direito trabalhista de ordem pública, ao julgar o RE 895.759, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, que decidiu pela supressão das horas *in itinere* e respectivos reflexos salariais, privilegiando Acordo Coletivo celebrado entre a Usina Central Olho D'agua S/A e o Sindicato Representativo da Categoria.

Não obstante entendimento turmário do Tribunal Superior do Trabalho registrado no acórdão recorrido pela invalidade do acordo coletivo de trabalho, tendo em vista que o direito às horas *in itinere* é indisponível em razão do que dispõe o art. 58, § 2º, da CLT, o relator reformou a decisão sob o argumento nuclear de que:

> Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta

[1] Art. 5º, XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.
[2] Art. 7º, XXVI – XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

> demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical (BRASIL, STF, 2016)

Primeiramente, é de se reconhecer que, ao legitimar a quitação total e a supressão das horas *in itinere*, o STF, desconsiderando os fundamentos do Tribunal Superior Especializado, violou, mais uma vez, a lei celetista então vigente e ignorou o disposto no *caput* do art. 7º da CR/88, invertendo a 'pirâmide de sustentação do Direito do Trabalho'.

De todo modo, segundo o Ministro Teori Zavascki, o entendimento do TST que deu azo ao RE 895.759, foi de encontro à *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, em que a Suprema Corte privilegiou, segundo ele, "o princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho", tendo acrescentado ainda que o requisito da repercussão geral restou atendido vez que o recurso impugnou decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (BRASIL, STF, 2015)

O privilégio da autonomia da vontade coletiva, invocado em ambos os recursos, merece ponderação, pois não lhe cabe prevalecer sempre que houver conflito entre norma autônoma e heterônoma.

Sobre a natureza das normas, a Ministra do TST Maria Helena Mallman invocou em voto recente o jurista argentino Alfredo Ruprecht, ao concluir que, embora a autonomia da vontade seja fonte jurídica relevante, não pode ela se sobrepor às normas trabalhistas de indisponibilidade absoluta:

> Normas de direito necessário absoluto que não podem ser desconhecidas nem modificadas pelas partes da relação individual de trabalho e tampouco pelas partes da negociação coletiva; Normas de direito necessário relativo que estabelecem um princípio ou critério que as partes indicadas devem acatar, mas do qual poderão se afastar desde que essa modificação, ou melhor, com essa variação se realize mais plenamente o objetivo perseguido pela própria norma; Normas de direito dispositivo ou permissivo que autorizam a reconhecer os acordos e as decisões unilaterais das partes interessadas, individuais e coletivas, mas que se limitam a desempenhar uma função supletória. (BRASIL, STF, 2015)

Ou seja, a autonomia privada coletiva deve ser sopesada toda vez que estiver diante de normas de direito necessário absoluto, tal como a hora *in itinere* que possuía natureza salarial e *status* de norma de ordem pública.

Além desse aspecto, também se faz necessário refletir as decisões em estudo sob a ótica da teoria do precedente judicial.

Em notas taquigráficas de sessão extraordinária da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do TST, realizada no dia 19.09.2016, para julgamento do Recurso de Revista n.º 205900-57/2007, foi identificado pelo relator, Ministro Augusto César Leite de

Carvalho, o elemento de distinção – *distinguishing* – que ressalva a aplicação em caso concreto dos precedentes do STF, já que o precedente não possui tese em abstrato, a qual se encontra sempre atrelada ao fato que foi decidido naquele processo (BRASIL, STF, 2016).

Tratava de ação trabalhista envolvendo Usina de Açúcar Santa Terezinha LTDA e Sidnei Sabino de Godoi, em que a norma coletiva prefixava o número de horas *in itinere* e alterava a natureza da parcela, prevendo o pagamento como verba indenizatória e não salarial, isto é, sem repercussão em férias, Fundo de Garantia por tempo de serviço, décimo terceiro, sem contribuições previdenciárias e Imposto de Renda.

Em seu voto, o Ministro Augusto César lançou algumas proposições para demonstrar que o Supremo não esgotou todas as questões que envolviam a matéria quando julgou os REs 590.415 e 895.759, havendo, portanto, singularidades no caso sob apreço naquela seção:

> Ao decidir que a quitação de ativos trabalhistas, com eficácia liberatória geral, é válida se autorizada por acordo coletivo de trabalho, a Corte Suprema não decidiu sobre a validade de cláusulas normativas que promovam o desvirtuamento de direitos fundamentais, também não se debruçando sobre questões muito sensíveis da estrutura sindical que talvez fossem irrelevantes para aquele caso sob seu exame e, ao revés, dariam enorme complexidade ao julgamento em que se pretendesse atribuir, por inusitado, força normativa incontrastável às convenções e acordos coletivos de trabalho [...]Não foi dado ao Supremo Tribunal Federal enfrentar, por exemplo, os déficits de representatividade que são consequentes da organização sindical vigente no Brasil, fundada em resquícios de modelo corporativista e piramidal, sabidamente alimentados pelas regras da anterioridade e da unicidade da representação por categoria e base territorial. (BRASIL, STF, 2016)

Ainda sobre a teoria do precedente judicial, importada do *common law,* esclarece o Ministro que se trata da generalização de solução oriunda de um caso concreto, a qual, dada à questão de direito, poderá e deverá ser aplicada a todos os casos futuros que tenham a mesma questão controvertida e com base nos mesmos fatos (BRASIL, STF, 2016).

Reafirmando essa tese, Thomas Bustamante, esclarece que o *distinguishing* pode se manifestar de duas formas: reconhecimento de exceção direta à regra judicial invocada que se justifica por circunstâncias especiais no caso *sub judice* ou pela exceção indireta (*fact adjusting)* quando os fatos do caso são "reclassificados como algo diferente para o fim de evitar a aplicação do precedente judicial" (BUSTAMANTE, 2012).

Embora o elemento de distinção tenha sido invocado na sessão extraordinária para desvincular a matéria do recurso de revista ao que fora decidido nos REs 590.415 e 895.759, é possível perceber particularidades entre os próprios julgados do STF.

Como se viu, enquanto no RE 590.415 foi decidido acerca de programa de demissão incentivada, com percepção de valores substancialmente acima daqueles devidos pela

dispensa imotivada, no segundo caso, estava em discussão a possibilidade de supressão de hora *in itinere* em virtude da concessão de outros benefícios.

Isto é, malgrado os recursos envolvessem a prevalência do que fora negociado entre os particulares, não houve similitude do direito transacionado, ou mesmo das compensações cedidas, o que evidencia a presença do elemento de distinção.

Assim, quando o Ministro Teori acolheu a repercussão geral no RE 890.759, sob o argumento de que a decisão recorrida foi de encontro à jurisprudência do STF cristalizada no RE 590.415, o fez de forma equivocada já que, pela teoria do precedente judicial deve haver identidade de fatos entre os casos, sob pena de ser invocado o *distinguishing* em face do *factadjusting.*

Em verdade, o judiciário tem se revelado, cada vez mais, como instrumento em serviço do capital, criando sempre mecanismos para reafirmá-lo, ainda que extrapolando as atribuições que lhe cabe. Criticando esta postura do judiciário, o Ministro José Roberto Freire Pimenta em seu voto proferido na sessão extraordinária do TST já mencionada consignou os seguintes dizeres:

> Nós, Magistrados, não fomos eleitos, não temos, *data venia*, essa legitimidade originária para consagrar, pela via jurisdicional, algo que, a meu ver, deva ser consagrado pela via legislativa, seja infraconstitucional, seja constitucional. É claro que podemos interpretar o art. 7.º, inciso XXVI, e os demais dispositivos constitucionais, mas não a ponto de tornar tábula rasa os princípios fundamentais do Direito do Trabalho, que até aqui, parece-me, predominaram no sentido de que os direitos fundamentais, assegurados na Constituição e nas leis, são indisponíveis e imunes até mesmo à negociação coletiva. (BRASIL, TST, 2016)

Dessa forma, vê-se que a Suprema Corte iniciou por via oblíqua, a reforma trabalhista inserta no plano "Ponte para o futuro" do atual governo do PMDB naquilo que diz respeito à sobreposição da norma negocial, se valendo, para tanto, do desvirtuamento de institutos e da legislação em vigor.

2.2 Considerações sobre a Reforma Trabalhista

Com o *impeachment* da presidente Dilma Rousseff e assunção de seu vice Michel Temer como chefe do Executivo, em 2016, iniciou-se a 'maratona' para efetivação de medidas neoliberais no Brasil. Como já noticiado, além da Lei de Terceirização e Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17) já aprovadas, está em trâmite no Legislativo a reforma da previdência (PL 287/2017).

No mesmo caminho das decisões examinadas, a reforma trabalhista, além de inserir novos dispositivos, promoveu alterações no texto da CLT com o escopo primário de prevalência do negociado sobre o legislado. Assim, considerando que o objeto deste estudo se volta à análise do tema, cabe aqui empreender algumas reflexões sobre a Lei 13.467/17.

Com efeito, a exposição de motivos do deputado Rogério Marinho parecia criar uma atmosfera de tranqüilidade que o Projeto Reformista não concretizou. Constou do voto do relator que um dos pilares do Projeto era "a possibilidade de que a negociação coletiva realizada por entidades representativas de trabalhadores e empregadores possa prevalecer sobre normas legais, em respeito à autonomia coletiva da vontade" (BRASIL, 2017).

O deputado prosseguiu ressaltando a finalidade de modernização da legislação do trabalho, destacando, nesse compasso, a necessidade de "trazer as leis trabalhistas para o mundo real sem esquecer dos seus direitos básicos e das suas conquistas históricas que, por sua importância, estão inseridos no artigo 7º da Constituição da República" (BRASIL, 2017).

A mensagem de 'modernização' e 'proteção da autonomia privada coletiva' transmitida pela fala de Marinho se esvai à medida que se perfaz a análise dos dispositivos aprovados. Exemplos pontuais e expressivos desta afirmativa são a inclusão dos artigos 577-A na CLT e alteração do §3º do art. 614.

O art. 577-A, em clara violação aos princípios da vedação do retrocesso e progressividade, estabelece que "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".

Trata-se, na verdade, de mais um facilitador da dispensa no setor privado no Brasil, já que a Convenção 158 da OIT, ratificada internamente pelo Decreto Legislativo nº 68 de 1992, foi denunciada mediante decreto presidencial nº 2.100 de 1996[3].

A Convenção estabelece em seu art. 4º a vedação da dispensa pelo empregador, salvo justa causa que deverá se referir ao comportamento do empregado ou por necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço, fundadas em motivo técnico, econômico, estrutural ou análogo. Nesse sentido, a Convenção regulamentava o art. 7º, I da Constituição de 88, que preza pela proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que nunca foi editada.

[3]Decreto, aliás, inconstitucional, uma vez que a competência relacionada a apreciação de tratados internacionais é exclusiva do Congresso Nacional, nos termos do art. 49, I da Constituição.Inclusive, encontra-se em julgamento a Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 1.625/97, que visa declarar inconstitucional referido decreto presidencial.

Além do imbróglio da dispensa em massa, a alteração de redação do §3º do art. 614 também vai de encontro ao discurso do relator pois fez constar a expressão "sendo vedada a ultratividade". Isto significa que, uma vez estabelecido o prazo de vigência das normas coletivas, ainda que não se concluam as novas discussões negociais, aquelas não mais terão validade.

Dessa forma, se abre um vazio normativo, com supressão temporária de direitos. Aliás, a abolição do instituto da ultratividade pode, inclusive, levar a um retardamento proposital das atividades negociais.

Além destes, a lei em comento prevê outras inúmeras alterações que reverberam negativamente no Direito Coletivo do Trabalho, tais como permissão de prevalência de acordos coletivos restritivos de direitos sobre convenções coletivas, afastamento dos sindicatos da assistência nas demissões, fortalecimento dos acordos individuais, ainda que contrários à lei e aos acordos e convenções coletivas.

Em crítica ao texto da reforma, Valdete Souto Severo alerta que a falsa sensação de liberdade negocial "especialmente quando representados por um sindicato, anestesia a realidade de que em um contexto capitalista essa liberdade, quando efetivamente exercida, enfrenta severas restrições". (SEVERO, 2017)

Apesar da notória relatividade da liberdade sindical na legislação vigente[4], não se noticia proposta de efetiva mudança ampliativa nesse sentido[5]. Pelo contrário: legitimam-se as pactuações individuais – entre empregador e empregado – cuja assimetria de forças é ainda mais evidente:

> Apesar de as relações de trabalho modernas se basearem na concepção de liberdade, representada por um contrato, diferentemente das relações servis e escravocratas, contraditoriamente, esse moderno liberalismo também forjou outra ideologia de exploração, ou seja: universalizou o modelo contratual de sociabilidade e produziu nova regulamentação normativa estatal-coercitiva centrada no paradoxo do trabalho "livre" e subordinado. Na realidade, é impossível eliminar a assimetria e a desigualdade entre esses dois sujeitos – empregador e empregado – quando de um lado encontra-se aquele que admite, assalaria, disciplina e dirige a prestação pessoal de serviços e, do outro, aquele que fica jurídica, econômica e psicologicamente subordinado ao empregador e ao capital, uma vez que em virtude dessa desigualdade não há verdadeira liberdade de contratar e sim coação jurídica, econômica e psicológica subjacente. (ANDRADE, 2016)

A reforma trabalhista, de modo geral, insere o Direito do Trabalho – individual e coletivo – em uma perspectiva distanciada de todo o contexto histórico, valorativo e factual

[4] A Constituição de 88 adotou um modelo híbrido de liberdade sindical, pois a restringe ao estabelecer condicionantes como a unicidade sindical, base territorial mínima, sindicalização por categoria e contribuição sindical compulsória.

[5] Muito embora a proposta de extinção da contribuição sindical obrigatória se coadune com a plena liberdade sindical, nos termos da Convenção 87 da OIT, trata-se de medida isolada.

que levou à sua concepção. Por certo, o Direito do Trabalho, "só tem sentido enquanto instrumento de proteção do trabalhador. Sua estratégia - contrária à do Direito Civil - é a de incorporar desigualdades para reduzir desigualdades. Sem ela, ele próprio se torna Direito Civil" (VIANA, 2008, p. 35).

3 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição de 1988, fundamentada também na dignidade da pessoa humana e no valor social do trabalho, insere a figura humana como o centro convergente de direitos fundamentais, os quais pressupõem progressividade contínua.

O diploma Constitucional como um todo, se circunda de dispositivos que visem a assegurar patamar civilizatório mínimo, devendo ser este o fio condutor de sua interpretação e aplicação.

Nesse sentido, a CR/88 reservou capítulo próprio para os direitos trabalhistas, conferindo papel de destaque ao trabalho. E não poderia ser diferente já que o trabalho, além de instrumento para a subsistência, é plataforma de realização do homem. Assim, pressupõe-se o direito fundamental ao trabalho digno o qual só é alcançado por meio da proteção jurídica progressiva, cabendo, pois, ao legislador infraconstitucional preservar sua contínua otimização.

No plano internacional, a dignidade da pessoa humana restou consagrada na Declaração de Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, quando foram reafirmados os pilares axiológicos ocidentais de igualdade, liberdade e fraternidade.

Em relação ao direito fundamental ao trabalho digno, a OIT, por meio de atuação tripartite (política, econômica e humanitária),desempenha o papel de defesa e promoção de padrões sociais capazes de fornecer o substrato necessário ao trabalho decente e em condições de liberdade e equidade.

Em 1998, foi adotada a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho que, independentemente de ratificação pelos Estados Membros, os obriga a respeitar, promover os princípios e direitos fundamentais, principalmente a liberdade sindical e o direito de negociação coletiva, a eliminação das formas de trabalho forçado ou obrigatório, abolição do trabalho infantil e eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Para Daniela Muradas, num cenário em que os pilares fundamentais do Direito do Trabalho são questionados, a Declaração "reiterou o reconhecimento do valor ínsito ao trabalho humano no plano internacional, reafirmando os marcos jurídicos civilizatórios da relação entre capital e trabalho". (REIS, 2010)

O princípio da vedação do retrocesso social reflete esta dimensão axiológica da Constituição e órgãos internacionais por consistir na impossibilidade de medidas socialmente retrocedentes, isto é, medidas que prevejam a supressão de direitos sociais concretizados. O jurista português J.J. Canotilho, que enquadra os direitos sociais como direitos fundamentais, esclarece o sentido deste princípio:

> A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ―contrarrevolução social ou da ―evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subctração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (CANOTILHO, 1998)

Da mesma forma, Daniela Muradas reforça que o princípio da vedação do retrocesso social "enuncia que os níveis sociais já alcançados e protegidos pelo ordenamento jurídico não podem sofrer rebaixamento, seja por meio de normas supervenientes, seja por meio de uma interpretação restritiva". Trata-se, portanto, de um imperativo ético-jurídico, decorrente da dignidade da pessoa humana e do valor ínsito ao trabalhador (REIS, 2010).

O caráter de progressividade dos direitos é entendido por Gabriela Neves Delgado sob duas perspectivas. Primeiro, enuncia um 'núcleo duro' de direitos a serem efetivados, independentemente das condições econômicas e culturais de cada país ou do seu processo de internalização de tratados internacionais. E, numa perspectiva dinâmica, entende que "as normas internacionais devem aperfeiçoar a legislação nacional, sempre em busca da melhoria do padrão de proteção firmado". (DELGADO, 2010, p. 62)

Indo além desta perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet, entende que além do dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais não é possível suprimir ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental, ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade. (SARLET, 2008)

Desse modo, sendo Direito do Trabalho instrumento de promoção dos direitos fundamentais, afirma ainda Daniela Muradas:

> As noções de progresso e de não retrocesso social ainda se relacionam ao princípio da proteção ao trabalhador, pedra angular do Direito do Trabalho. O princípio da proteção ao trabalhador, como se sabe, grava a originalidade do justrabalhismo,

> enunciando o seu sentido teleológico. Com lastro na dignidade da pessoa humana e no valor ínsito ao trabalho do homem, o princípio tutelar enuncia ser a missão deste ramo jurídico a proteção do trabalhador, com a retificação jurídica da desigualdade socioeconômica inerente à relação entre capital e trabalho. O sentido tuitivo, em uma perspectiva dinâmica, se relaciona à ideia de ampliação e aperfeiçoamento de institutos e normas trabalhistas. Assim, afiança-se o compromisso da ordem jurídica promover, quantitativamente e qualitativamente, o avanço das condições de pactuação da força de trabalho, bem como a garantia de que não serão estabelecidos recuos na situação sociojurídica dos trabalhadores. (REIS, 2010, p. 07)

Na contramão do princípio da vedação do retrocesso social e do arcabouço normativo doméstico e internacional, todavia, estão a reforma trabalhista consubstanciada na Lei 13.467/17 e as decisões da Suprema Corte brasileira analisadas. Pretende-se, como visto, esvaziar o Direito do Trabalho enquanto vetor e promotor de direitos sociais.

Isto é, o próprio Estado, em ato de liberalização do direito do trabalho legitima uma lógica sociológica reversa de naturalização das desigualdades.

Na verdade, ao impor determinadas medidas de austeridade, há uma atuação ambivalente do Estado. Se por um lado detém o monopólio da austeridade, instrumento para combater a crise e evitar a bancarrota nacional, ao agir assim, acaba por acentuar, num revés, o processo de desmantelamento do Estado Social face à privatização de bens públicos, individualização dos riscos sociais e ‘mercadorização’ da vida social. (FERREIRA, 2011)

Dessa forma, nota-se uma ruptura com todo o ideário de proteção dos direitos fundamentais e sociais que visam a manutenção de um patamar mínimo civilizatório.

5 CONCLUSÃO

Com o processo produtivo pós-fordista, observou-se um novo modelo de empresa, que trouxe consigo outras formas de ser do trabalho. Entrou em cena a desregulação, terceirização, informalidade, fragmentação, impactando a própria ideia de corpo coletivo.

Dessa forma, os sindicatos que nas décadas anteriores se viam engajados e fortalecidos entram numa onda regressiva. Com sua estrutura ainda verticalizada e corporativista, vivem uma crise institucional e representatividade, sofrendo com a redução dos índices de sindicalização e a falta de identificação da classe trabalhadora.

Nesse contexto de fragilidade das entidades sindicais, observa-se a retomada dos ideais neoliberais no Brasil, com propostas de flexibilização das normas trabalhistas sob justificativa de modernização e fortalecimento da autonomia privada coletiva, tal como ocorreu com a Lei 13.467/17.

A supremacia da norma negociada, entretanto, já havia sido antecipada pela Suprema Corte, notadamente no julgamento dos REs 590.415 e 895.759, quando legitimou a supressão de direitos consolidados na legislação heterônoma.

Tanto a atuação do judiciário quanto as propostas em trâmite nas casas legislativas vão de encontro à Constituição e à lógica originária do Direito do Trabalho de progressão de direitos sociais do trabalhador, em desrespeito ainda, ao princípio da vedação do retrocesso social.

Para que os sindicatos e a negociação coletiva sejam instrumentos de redução da assimetria entre os polos capital-trabalho, é mister que estes estejam inseridos numa realidade favorável, de liberdade sindical e com sindicatos articulados, horizontalizados e com representatividade expressiva, que não é caso do Brasil atualmente.

Dessa forma, o discurso de privilégio da autonomia da vontade coletiva mediante prevalência do negociado em relação ao legislado mostra-se inócuo, uma vez que apartado da realidade. O que se pretende, na verdade, é a supressão de direitos sociais, em desrespeito ao ordenamento jurídico vigente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE. Everaldo Gaspar L. de. D'ANGELO. Isabele Bandeira de M. *Direito do Trabalho e teoria social crítica: um diálogo indispensável entre este campo do direito e os demais saberes sociais.* Revista brasileira de sociologia do direito, v. 3, n. 01, jan/abr, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 6787/2017.* Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961> Acesso em : 11 jun 2017.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm>. Acesso em: 08 jun 2017

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 590.415. Data de julgamento: 30/04/2015, Relator Ministro: Roberto Barroso, data de publicação 29/05/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8590961>. Acesso em: 04 jun. 2017.

BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 895.759. Data de julgamento: 08/09/2016, Relator MinistroTeori Zavascki, Tribunal Pleno, data de publicação 12/09/2016. Disponível em: <http: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_310267537.pdf.> Acesso em: 06 jun. 2017.

BUSTAMANTE. Tomas. *Teoria do Precedente Judicial - a Justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais.* São Paulo: Noeses, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 2 ed. rev. Coimbra: Livraria Almeida, 1998

CARMO. Patrícia Santos de Sousa. *O artesão brasileiro: intérprete da cultura regional e artífice da cultura solidária.* Disponível em:<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CarmoPSS_1.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2017.

CATHARINO. José Martins. *Tratado elementar de direito sindical.* São Paulo: LTr, 1982.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FERREIRA. Antônio Casimiro. *A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção*. Revista Crítica de Ciências Sociais, 95, Dezembro, 2011**.**

JANUZZI. Adriano; MAGALHÃES. Aline. *A função social da negociação coletiva como instrumento democrático da criação de direitos trabalhistas*. Disponível em <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/3293-10253-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 jun 2017.

LOGUÉRCIO, José Eymard. A Nova arquitetura para o sindicalismo no Brasil: A reconstrução da autonomia coletiva privada. In: *Os novos horizontes do direito do trabalho: homenagem ao Ministro José Luciano de Castilho Pereira*. PAIXÃO. Cristiano.RODRIGUES. Douglas Alencar.CALDAS. Roberto Figueiredo (Orgs). São Paulo: LTr, 2005.

NOBRE. Marcos. RODRIGUES. José Rodrigo. *Judicialização da política: déficits explicativos e bloqueios normativistas.*Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000300001>.Acesso em: 18 jun 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em:<http://www.oitbrasil.org.br/content/constitui%C3%A7%C3%A3o-oit-e-declara%C3%A7%C3%A3o-de-filad%C3%A9lfia>. Acesso em: 01 jun 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/465. Acesso em: 10 jun 2017

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/node/503>. Acesso em: 10 jun 2017

REIS, Daniela Muradas. *O princípio da vedação do retrocesso no Direito do Trabalho.* São Paulo: LTr Editora, 2010.

SALGADO, Joaquim Carlos. Estado Ético e Estado Poiético. Disponível em:<http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/02/2002_11_11_0002.2xt/-versao_impressao?ed=02&folder=2>. Acesso em: 13 jun 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: um contributo para um balanço aos vinte anos de Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPO...>. Acesso em: 12 jun 2017.

SEVERO, Valdete Souto. Análise do Projeto de Reforma Trabalhista. Disponível em: http://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista. Acesso em: 20 ago 2017.

SILVA. Antônio Álvares da. *O legislado e o negociado no direito do trabalho.* Belo Horizonte: RTm, 2015.

VIANA, Marcio Tulio. *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado: o direito do trabalho no limiar do séc. XXI.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 2000.

VIANA. Marcio Tulio. TERRA. Luciana Soares Vidas. JUNIOR. Décio de Abreu e Silva (Coords.). *Direito do trabalho e trabalho sem direitos.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

VIANA, Márcio Túlio. *O Direito, a Química e a Realidade Social.* Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região, Belo Horizonte. Jan/Jun,1999.