



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA CENTRO DE CIÊNCIAS
JURÍDICAS PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Ysmênia de Aguiar Pontes

**O FENÔMENO DA ULTRATIVIDADE NOS ACORDOS E CONVENÇÕES
COLETIVAS FRENTE À LEI 13.467/17: A CRIAÇÃO DE UMA NOVA
COMPREENSÃO QUE GARANTA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
TRABALHADORES A PARTIR DE 2017**

Florianópolis
2021

Ysmênia de Aguiar Pontes

**O FENÔMENO DA ULTRATIVIDADE NOS ACORDOS E CONVENÇÕES
COLETIVAS FRENTE À LEI 13.467/17: A CRIAÇÃO DE UMA NOVA
COMPREENSÃO QUE GARANTA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS
TRABALHADORES NO TRIÊNIO 2017-2020**

Tese submetido(a) ao Programa de
Pós-graduação da Universidade
Federal de Santa Catarina para a
obtenção do título de Doutor em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Arno Dal Ri
Júnior.

Florianópolis
2021

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

PONTES, Ysmênia de Aguiar O FENÔMENO DA ULTRATIVIDADE NOS ACORDOS E CONVENÇÕES COLETIVAS FRENTE À LEI 13.467/17: A CRIAÇÃO DE UMA NOVA COMPREENSÃO QUE GARANTA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES A PARTIR DE 2017 / Ysmênia de Aguiar Pontes; orientador, Arno Dal Ri Junior, 2021. 228 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2021.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Ultratividade. 3. Negociação coletiva. 4. Aderência das normas nos instrumentos coletivos. I. Dal Ri Junior, Arno. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Ysmênia de Aguiar Pontes

**O FENÔMENO DA ULTRATIVIDADE NOS ACORDOS E
CONVENÇÕES COLETIVAS FRENTE À LEI 13.467/17: A CRIAÇÃO DE UMA
NOVA COMPREENSÃO QUE GARANTA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS
DOS TRABALHADORES A PARTIR DE 2017**

O presente trabalho em nível de doutorado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior- Orientador
Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC

Prof.º Dr. Claudio Ladeira de Oliveira
Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC

Prof.º Dr. Prudente Mello – CESUSC

Prof.º Dr. Moisés Alves Soares- UNISSOCIESC

Prof.º Dr. Marcus Maurícius Holanda- UNIFOR

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de doutor em Direito.

Prof.ª Dr.ª Norma Padilha
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior
Orientador(a)

Florianópolis, 2021

Este trabalho é dedicado a todos os trabalhadores desse país, que lutam diariamente para subsistir.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer à Professora Isabel Pontes, diretora da Faculdade Luciano Feijão, que tornou possível a realização desse sonho, com a implementação do DINTER – doutorado interinstitucional, entre a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC e a Faculdade Luciano Feijão-FLF.

Gostaria de agradecer ao meu orientador, professor Dr. Arno Dal Ri Júnior, que sempre me apoiou e me deixou livre para criar esta tese.

Queria agradecer também aos amigos e aos familiares, que me suportaram durante esses anos de criação da presente pesquisa.

Muito obrigada a todos.

“Os direitos do homem são muitos, e raro o direito de gozar deles” (ANDRADE, 2007).

RESUMO

O advento da Lei. 13.467/17, denominada de reforma trabalhista, proibiu explicitamente o fenômeno da ultratividade. Com isso as convenções e acordos coletivos de trabalho deixam de vigorar após um prazo de dois anos, sendo vedada a ultratividade, ou seja, esses acordos e convenções não aderem ao contrato individual de trabalho e, caso nenhum acordo ou convenção substitua os anteriores, os trabalhadores perdem tudo aquilo que foi conquistado e uma nova negociação deve partir do 'zero'. A falta de ultratividade enfraquece ainda mais os sindicatos fazendo com que os direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos desde a Constituição de Weimar na Alemanha que inspirou várias constituições na Europa e que o Brasil segue o modelo desde a Constituição de 1934, fique cada vez mais fragilizado, implementando um modelo de Estado neoliberal nesta nova fase do capitalismo. Uma alteração na Lei 13.467/17, que revogasse o art.614 §3º, e inserisse um artigo garantindo a ultratividade solucionaria a primeira parte do problema dessa tese. A partir daí se poderia pensar em uma nova corrente que garantisse que a negociação, após o prazo de vigência, só ocorresse com a manutenção de direitos já conquistados nas negociações anteriores. Com isso, poderia falar-se em uma nova corrente doutrinária denominada de "plena-mitigada", que garantiria o patamar mínimo civilizatório para os trabalhadores brasileiros e traria um certo conforto e estabilidade para esses trabalhadores. No atual cenário político brasileiro essa nova teoria seria um verdadeiro desafio, pois o que se percebe é o possível enfraquecimento dos sindicatos e com isso o enfraquecimento das negociações coletivas causando, assim, uma verdadeira precarização das relações trabalhistas brasileira. A presente pesquisa pretende desafiar o novo modelo que se desenha e trazer propostas plausíveis que possam garantir conquistas de décadas dos trabalhadores brasileiros. Portanto, a presente tese tem como objetivo criar uma corrente que defenda, além da ultratividade, a preservação de direitos já conquistados em negociações anteriores, preservando sempre um patamar inicial para a negociação, evitando assim, negociações fraudulentas e fantasiosas. Para tanto, propõe-se analisar os antecedentes históricos do direito do trabalho e os princípios que permeiam o Direito Coletivo do Trabalho, bem como analisar em que consiste o poder normativo da Justiça do Trabalho, sua força cogente, e verificar se os direitos negociados coletivamente podem ser considerados como adquiridos, ou não, nas convenções e acordos coletivos de trabalho. Feitas essas explanações históricas e descritivas, propõe-se, por fim, criar uma nova corrente que garanta os direitos já conquistados pelos trabalhadores em acordos e convenções coletivas e que também assegure a ultratividade nas normas coletivas, garantido assim, os Direitos Sociais e Fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Ultratividade. Negociação coletiva. Aderência das normas nos instrumentos coletivos.

ABSTRACT

The advent of the Law. 13,467/17, called labor reform, explicitly prohibited the phenomenon of ultraactivity. As a result, collective labor conventions and agreements cease to be in force after a period of two years, and ultraactivity is prohibited, that is, these agreements and conventions do not adhere to the individual labor contract, and if no agreement or convention replaces the previous ones, the workers lose everything that has been won and a new negotiation must start from 'zero'. The lack of ultra-activity further weakens unions, causing the fundamental rights of workers recognized since the Weimar Constitution in Germany, which inspired several constitutions in Europe and which Brazil has followed since the 1934 Constitution, to be increasingly weakened, implementing a neoliberal state model in this new phase of capitalism. An amendment to Law 13.467/17, which revoked art.614 §3, and inserted an article guaranteeing ultraactivity, would solve the first part of the problem of this thesis. From then on, a new current could be thought that would guarantee that the negotiation, after the term of validity, would only occur with the maintenance of rights already won in previous negotiations. With this, one could speak of a new doctrinal current called the "fully-mitigated", which would guarantee the minimum level of civilization for Brazilian workers and would bring a certain comfort and stability to those workers. In the current Brazilian political scenario, this new theory would be a real challenge, because what is perceived is the possible weakening of unions and, with that, the weakening of collective bargaining, thus causing a real precariousness of Brazilian labor relations. This research intends to challenge the new model that is being designed and to bring plausible proposals that can guarantee the conquests of Brazilian workers for decades. Therefore, this thesis aims to create a current that defends, in addition to ultraactivity, the preservation of rights already won in previous negotiations, always preserving an initial level for negotiation, thus avoiding fraudulent and fanciful negotiations. Therefore, it proposes to analyze the historical background of labor law and the principles that permeate the Collective Labor Law, as well as to analyze what the normative power of the Labor Justice consists of, its cogent force, and to verify if the collectively negotiated rights can be considered as acquired, or not, in the collective labor conventions and agreements. Once these historical and descriptive explanations have been made, it is proposed, finally, to create a new current that guarantees the rights already won by workers in collective agreements and conventions, and that also guarantees the ultra-activity in collective norms, thus guaranteeing the social and fundamental rights of workers.

Keywords: Ultraactivity. Collective bargaining. Adherence of standards to collective instruments.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT – Acordo Coletivo de Trabalho

ANAMATRA – Associação nacional dos magistrados da Justiça do Trabalho

CCT – Convenção Coletiva de Trabalho

CF – Constituição Federal do Brasil

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CONFENEN - Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino

MTE – Ministério do Trabalho e Emprego

OIT- Organização Internacional do Trabalho

OJ - Orientação Jurisprudencial

ONU - Organização das Nações Unidas

SBDI-1 - Sessão de dissídios individuais 1

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS QUE PERMEIAM O DIREITO COLETIVO NA MODERNIDADE	30
1.1 O SISTEMA CAPITALISTA E O MUNDO DO TRABALHO	30
1.1.1 O trabalho como um direito fundamental do ser social	38
1.1.2 O mundo do trabalho	43
1.1.3 Pré-Revolução industrial	46
1.1.3.1 <i>Das corporações de ofício</i>	49
1.1.4 Revolução industrial e Pós-Revolução industrial	50
1.1.5 O trabalho no Brasil	55
1.2 O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO/SINDICAL NA HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA E OS PRINCÍPIOS QUE PERMEIAM O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO	63
1.2.1 O direito sindical na história	63
1.2.2 Princípios aplicáveis ao Direito Coletivo do Trabalho	68
1.2.2.1 <i>Princípio da Liberdade Associativa e sindical</i>	69
1.2.2.2 <i>Princípio da autonomia privada coletiva</i>	72
1.2.2.3 <i>Princípio da Interveniência Sindical</i>	74
1.2.2.4 <i>Princípio da Equivalência Contratual</i>	75
1.2.2.5 <i>Princípio da lealdade e transparência</i>	77
1.2.2.6 <i>Princípio da criatividade jurídica nas negociações coletivas</i>	79
1.2.2.7 <i>Princípio da Adequação Setorial Negociada</i>	80
1.2.2.8 <i>Princípio da prevalência do negociado sobre o legislado</i>	82
1.2.2.9 <i>Princípio da vedação ao retrocesso social</i>	84
2. A INTEGRALIZAÇÃO DOS DIREITOS NEGOCIADOS COLETIVAMENTE E SEU PODER NORMATIVO	88
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO PODER NORMATIVO NO DIREITO DO TRABALHO	88

2.1.1 As espécies do poder normativo na Justiça do Trabalho-----	95
2.1.2 Poder normativo autônomo e heterônomo-----	99
2.1.3 Análise do parágrafo 2º do artigo 114 da Constituição Federal de 1988----	103
2.2 AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E A CRISE DO DIREITO SINDICAL----	108
2.2.1 O sindicalismo e as negociações coletivas na história-----	108
2.2.2 Os métodos de resolução dos conflitos-----	112
2.2.3 Conceituação de negociação coletiva-----	120
2.2.4 Os efeitos jurídicos das negociações coletivas, e o conteúdo dos instrumentos coletivos: cláusulas obrigacionais e normativas-----	123
2.2.5 Negociações coletivas, seus sujeitos e níveis da negociação-----	128
2.3 O DIREITO SINDICAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/17-----	137
2.3.1 As alterações para o Direito coletivo diante da Lei 13.467/17-----	144
2.3.2 Análise geral da inserção da Lei 13.467/17 no ordenamento jurídico brasileiro-----	158
3. A CORRENTE “PLENA-MITIGADA” COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS-----	162
3.1 ADERÊNCIA DAS NORMAS COLETIVAS NO DIREITO SINDICAL-----	162
3.1.1 Análise histórica da aderência das normas coletivas do trabalho no Brasil-	162
3.1.2 As teorias sobre a aderência das cláusulas normativas nos acordos e convenções coletivas do trabalho-----	172
3.2 PRAZO DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS COLETIVOS-----	180
3.2.1 O princípio da condição mais benéfica como um Megaprincípio da proteção-- -----	183
3.2.2 O princípio “ <i>in dubio operário</i> ” -----	188
3.3 UMA NOVA CORRENTE EM BUSCA DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES-----	192
3.3.1 A busca da efetivação dos direitos sociais e os limites da autonomia coletiva na Lei nº 13.467/2017-----	193
3.3.2 A incorporação das cláusulas da norma coletiva no Direito do Trabalho internacional-----	198
3.3.3 A corrente Plena-mitigada como uma opção para os trabalhadores brasileiros na garantia de seus direitos fundamentais-----	202

4. CONCLUSÃO-----210

REFERÊNCIAS-----215

INTRODUÇÃO

Para se fazer compreender o Direito do Trabalho e suas nuances, no Brasil, é preciso conhecer que tipo de projeto está sendo implementado no país e qual modelo se está perseguindo. Na verdade, pretendeu-se implementar um sistema econômico tecnocrático, autoregulador, mas que não raro entra em crises cíclicas, demandando uma intervenção estatal para “salvar” o sistema. O curioso é que justamente o sistema, cujas bases se assentam em um Estado mínimo, não intervencionista, e que, diante de uma crise que ameaça solapar tal projeto, recorre-se ao Estado, que deveria ser ‘neutro’, mas que a não intervenção poderia significar a ruína de tal projeto econômico.

O atual projeto do capitalismo se deleita no Neoliberalismo, que consiste em um modelo cruel de liberalismo econômico, cujas bases se deitam naquela que se convencionou chamar de Escola de Chicago, e que deitam raízes nos fundamentos políticos-econômicos erigidos pela Escola Austríaca. As teses básicas dessas teorias possuem como pressuposto o direito de propriedade, que seria o único direito universal, fundamental e absoluto, primeiro do próprio corpo e, posteriormente, de todos aqueles bens que se possa adquirir. Portanto, tal concepção tem a propriedade como um direito absoluto e fundamental e o sujeito é visto como aquele que possui o direito absoluto de defender a si mesmo e a propriedade como extensão do seu corpo. Daí porque o sujeito é visto na modernidade como aquele que é senhor de si, do seu trabalho e dos bens derivados e conquistados como fruto do trabalho.

Nesse sentido, o Estado seria um intruso da propriedade e a única atividade econômica que poderia ser aceita seria a que advém de um mercado livre. Assim, cada pessoa é responsável por suas ações e resultados (meritocracia), não cabendo a interferência do Estado uma vez que o Mercado se autorregularia, assim como ocorre com as leis da natureza. Nunca é demais lembrar que tal raciocínio converge com o modelo do positivismo jurídico, em que as leis da natureza deveriam ser modelo e refletir nas construções das leis jurídicas. Assim, a técnica e o formalismo devem imperar, afastando-se, portanto, qualquer valoração.

Para o modelo Neoliberal, o mercado é um mecanismo autoregulador, que possui um modelo de regras técnicas, nas quais não há espaço para questões sociais e éticas. Desse modo, fora das leis de mercado não há direitos e com isso, as questões da pobreza

e das desigualdades não teriam nada com a leis do mercado, numa palavra, mercado e justiça social são questões que não convergem.

É dentro desse pressuposto teórico que se inserem as profundas mudanças trazidas com o advento da Lei 13.467/2017 para os trabalhadores brasileiros. A publicação dessa nova Lei, denominada de reforma trabalhista, minou os princípios básicos sob os quais repousava a relação trabalhista até então, uma vez que ela proibiu explicitamente o fenômeno da ultratividade. Com isso, as convenções e acordos coletivos de trabalho deixam de vigorar após um prazo de dois anos, sendo vedada a ultratividade, ou seja, esses acordos e convenções não aderem ao contrato individual de trabalho e, caso nenhum acordo ou convenção substitua os anteriores, os trabalhadores perdem tudo aquilo que foi conquistado e uma nova negociação deve partir do ‘zero’.

A falta de ultratividade enfraquece ainda mais os sindicatos fazendo com que os direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos desde a Constituição de Weimar na Alemanha que inspirou várias constituições na Europa e que o Brasil segue o modelo desde a Constituição de 1934, fique cada vez mais fragilizado, implementando um modelo de Estado neoliberal nesta nova fase do capitalismo.

A presente pesquisa pretende desafiar o novo modelo que se desenha e trazer propostas plausíveis que possam garantir conquistas de décadas dos trabalhadores brasileiros. Portanto, a presente tese tem como objetivo criar uma corrente que defenda, além da ultratividade, a preservação de direitos já conquistados em negociações anteriores, preservando sempre um patamar inicial para a negociação, evitando assim, negociações fraudulentas e fantasiosas. Para tanto, propõe-se analisar os antecedentes históricos do direito do trabalho e os princípios que permeiam o Direito Coletivo do Trabalho, bem como analisar em que consiste o poder normativo da Justiça do Trabalho, sua força cogente, e verificar se os direitos negociados coletivamente podem ser considerados como adquiridos, ou não, nas convenções e acordos coletivos de trabalho. Feitas essas explanações históricas e descritivas, propõe-se, por fim, criar uma corrente que garanta os direitos já conquistados pelos trabalhadores em acordos e convenções coletivas e que também assegure a ultratividade nas normas coletivas, garantido assim, os Direitos Sociais e Fundamentais dos trabalhadores.

Para entender-se as mudanças propostas pela reforma trabalhista e de que modo ela se insere dentro de um modelo liberal, só que agora mais exacerbado, faz-se mister analisar o antecedente histórico de tal modelo, que surgiu nos anos quarenta, e cujo objetivo era combater o modelo conhecido como o modelo do “Bem-Estar Social” que

foi criado com o objetivo de salvar o capitalismo nos anos vinte do século passado, que passava por profundos problemas de concentração de renda e de reivindicações da classe trabalhadora.

A ideia, que está por trás do modelo de “Bem-Estar Social”, era a de que a falta de demanda, que assolava o capitalismo, só poderia ser suprida por meio de uma política de pleno emprego e de distribuição das riquezas e assim, era necessária a intervenção do Estado para implementar tais ideias e, assim, tentar salvar o mercado. Aí entra o papel fundamental do Estado, que regula o mercado com intervenções por meio de políticas econômicas e sociais. Dentre essas políticas sociais de grande importância tem-se a educação gratuita, a previdência social, a saúde gratuita, dentre outras. Essas são as formas de fazer com que a economia ganhe impulso, funcionando por meio do capital e do trabalho, que tem no papel dispensado pelo Estado como um grande impulsionador da economia.

Com essas intervenções do Estado, o que se percebeu foi o aumento do consumo das classes sociais menos favorecidas, ou seja, houve uma demanda na qual o consumo de massa teve uma importância fundamental, mantido pela política pública financiada pelo Estado.

No entanto, o Estado não suportou o novo modelo engendrado, pois essa demanda impulsionada pelas políticas sociais capitaneadas pelo Estado, demandavam um fundo público, que deveria ser financiado com os dividendos oriundos dos grandes blocos empresariais, que deveriam remeter seus lucros para seus Estados de origem e assim ajudar a financiar tal política social. Ocorre que as grandes oligarquias transnacionais não enviaram os lucros obtidos para suas matrizes e com isso os cofres públicos ficaram imersos em um grande endividamento e nos anos 70 uma grande crise se instalou, uma vez que o fundo público que financiava tal política social não conseguiu estabilidade financeira e isso fez com que as teorias econômicas da década de 40, que criticavam esse modelo de “Estado Paternalista”, reaparecessem e daí emergisse o Neoliberalismo e seu consequente modelo de não intervenção estatal.

O grande problema do Neoliberalismo são as reformas que retiram as garantias obtidas pelo modelo do Bem-Estar-Social e financiam o capital enquanto valorização do valor, sem preocupar-se em distribuição de renda, já que a lógica do capital é alocar recurso. Dentro dessa lógica é que os últimos governos brasileiros vêm implementado várias reformas na legislação brasileira inclusive “a (deforma) trabalhista” feita pela lei

13.467/17, que trouxe consequências catastróficas para a classe trabalhadora e para o direito sindical brasileiro.

Para os neoliberalistas, a interferência do Estado nos financiamentos dos bens públicos só causa, a longo prazo, desemprego e pouco crescimento do mercado. A lógica dos neoliberalistas é financiar o mercado financeiro e flexibilizar o mercado de trabalho retirando direitos sociais, que foram conquistados ao longo de muitos anos de lutas, por meio de reformas. Ou seja, o objetivo agora é fazer uso das riquezas públicas investindo no capital financeiro e reduzir ou até mesmo acabar com os direitos sociais e com isso o mercado passa a ser aquele que irá construir a história ao invés do ser humano, algo que não condiz com o modelo de democracia adotado no Brasil, pois as atividades desenvolvidas pelos movimentos sociais e pela sociedade em geral seriam simplesmente inúteis, já que o que interessa são os interesses do mercado.

Dentro dessa lógica Neoliberal o mercado é compreendido como o modelo mais adequado para todos os seres humanos e as pessoas são consideradas apenas como atores econômicos para favorecerem o mercado, ou seja, as pessoas ficam à disposição do mercado e tudo isso leva a um desmonte da democracia, pois os atores sociais perdem a sua função passando a serem meros expectadores de um modelo do qual não participam efetivamente.

Com essa lógica o que ocorre é um desemprego estrutural, pois o objetivo do capitalismo não é de inclusão social e sua lógica cria exclusão, pois o custo da força de trabalho terá que diminuir para o mercado poder lucrar mais e com isso o que ocorre é uma verdadeira precarização do trabalho, por meio de contratações que só beneficiam o mercado como a terceirização, os contratos intermitentes, dentre outros.

Na verdade, os trabalhadores se encontram em uma verdadeira relação de desigualdade (hipossuficiente) com os empregadores e uma solução para tentar minimizar esse contexto seria a atuação dos sindicatos e o seu fortalecimento.

Com essa ideia, a presente tese busca encontrar uma corrente plausível para garantir os direitos conquistados pelos trabalhadores nos convênios coletivos e, dessa forma, garantir um mínimo de dignidade humana para os trabalhadores brasileiros.

O Direito do Trabalho busca manter a existência minimamente digna dos trabalhadores frente a um modelo Neoliberal desenfreado, que só busca a valorização do valor. Um dos objetivos do Direito do Trabalho é resguardar direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores, direitos esses conquistados com a Carta Magna de 1988. Assim, a busca é incessante para garantir a dignidade e o mínimo existencial para

o trabalhador. Nesta tese, compartilha-se a ideia de que o trabalho dignifica o ser humano e ajuda-o na construção da sua humanização, logo é preciso que direitos básicos sejam garantidos, como um salário digno, moradia, saúde, lazer, cultura, e se preserve aquilo que foi conquistado a duras ‘batalhas’, proibindo o retrocesso nas conquistas obtidas sob pena de esvaziar-se aquilo que foi conquistado com a redemocratização pós-constituição de 1988.

O Direito Coletivo do Trabalho é uma forma ideal de se perceber a democracia em ação, uma vez que ele possibilita criar direitos que poderão garantir melhores condições de vida para os trabalhadores, mesmo que de forma gradual. As fontes materiais que fizeram surgir o direito do trabalho são progressistas, ou seja, buscam sempre o progresso e a melhoria para os trabalhadores, sejam elas sociológicas ou filosóficas.

As conquistas dos direitos trabalhistas, ou seja, as normas conquistadas coletivamente por meio de Acordo Coletivo de Trabalho e Convenções Coletivas de Trabalho devem ser integralizadas aos direitos dos trabalhadores.

Em todo o período em que foi adotado o modelo de Estado do “Bem-Estar-Social” não houve espaço para a perda de direitos dos trabalhadores, pelo contrário, o que houve foi uma grande melhoria das condições de trabalho conquistadas por meio de convênios coletivos para aqueles que dependem do trabalho para sobreviverem e se efetivarem como pessoas capazes de formar uma sociedade melhor e com melhores condições de vida.

As grandes mudanças, proveniente desse modelo neoliberal de entender-se o Estado e cuja apogeu, por enquanto, ocorreu com a Lei 13.467/2017 (reforma trabalhista), vieram precarizar e flexibilizar as relações de trabalho e depreciar a condição humana dos trabalhadores brasileiros. Portanto, esse modelo adotado pela concepção de Estado Neoliberal busca incessantemente acabar com os direitos trabalhistas e beneficiar o capital, o mercado. Dentro dessa lógica, consolidaram-se as teses, capitaneadas por meio de propostas legislativas, da não aderência das normas coletivas nos contratos individuais e da não aceitação da ultratividade nos convênios coletivos, fazendo com que essa nova urdidura da legislação trabalhista ferisse fortemente a ideia progressista, que tinha como mote a humanização do trabalhador, do ramo do Direito do Trabalho.

Na realidade, o que se percebe é que a cada dia, diante do modelo Neoliberal adotado no Brasil, o Direito do trabalho vem perdendo força, antes com pequenas reformas e agora com uma gigantesca reforma trabalhista, que solapou as bases sobre as

quais se assentava a ideia progressista com a qual trabalhava o ramo do Direito do Trabalho. Um exemplo disso, com já mencionado, foi a reforma trabalhista, que como mostrará esta tese, fere muitos direitos dos trabalhadores, chegando-se ao cúmulo de afrontar diretamente os direitos constitucionais.

Diante desse cenário, o que ocorre é o fortalecimento do capital e o enfraquecimento, proporcionado pelas reformas, das organizações sindicais e isso é extremamente preocupante, pois os direitos sociais estariam correndo sérios riscos de deixarem de existir ou padecer.

Pensando nisso é que essa tese doutoral se debruçou em busca de uma nova compreensão que busque garantir os direitos Fundamentais dos trabalhadores conquistados por meio das ações coletivas através dos Acordos Coletivos de Trabalho e das Convenções Coletivas de Trabalho.

Refletindo essas questões, a presente tese, em seu primeiro capítulo, aborda os aspectos históricos do Direito do trabalho e os principais princípios que permeiam o direito coletivo. Ainda no primeiro capítulo é analisada a questão do sistema capitalista e o mundo do trabalho e todas as implicações que daí decorrem, explicitando que o trabalho é um direito social e fundamental para o ser humano. É feita uma análise da evolução do direito do trabalho no mundo e de como se deu essa evolução, que perpassam os períodos da Pré-Revolução industrial, da Revolução industrial e, posteriormente, da Pós-Revolução industrial e em seguida far-se-á uma análise da evolução dos direitos trabalhistas no Brasil. Tal análise tem como objetivo compreender como todo esse percurso de direitos conquistados pelos trabalhadores ocorreu no Brasil.

Ainda no primeiro capítulo é estudada a evolução do Direito Sindical e alguns princípios que permeiam os direitos dos trabalhadores, que são de suma importância na defesa dessa tese.

Os princípios estudados são: 1) o da liberdade associativa e sindical que trata a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho- OIT, que não foi ratificada pelo Brasil; 2) o princípio da autonomia privada coletiva, que busca garantir a não intervenção do Estado na autonomia do ente coletivo, cuja proteção advém dos órgãos internacionais, bem como, pela Constituição Federal de 1988; 3) o princípio da interveniência sindical, na qual é preciso obrigatoriamente a participação dos sindicatos nas negociações coletivas sob pena de serem nulos; 4) o princípio da equivalência dos contratantes, o qual tenta uma relação isomórfica entre os trabalhadores e os empregadores, pondo-os no mesmo patamar de negociação, fazendo com que tantos os

ACT's como as CCT's sejam mais justos; 5) o princípio da lealdade e da transparência, de acordo com o qual os sindicatos são obrigados a dar transparência a todos os seus atos e serem leais aos seus filiados, tendo em vista que para a aprovação dos convênios coletivos é necessária a votação em assembleia; 6) o princípio da criatividade jurídica nas negociações coletivas também é analisado no intuito de demonstrar que, no Direito do Trabalho, é possível a criação de normas coletivas que se sobrepõem às normas estatais; 7) o princípio da adequação setorial negociada. Esse princípio trata de normas estatais, que poderão ser negociadas em ACTs e CCTs e busca resguardar um patamar mínimo civilizatórios para a classe trabalhadora. Outros dois importantes princípios estudados são: 8) o princípio da prevalência do negociado sobre o legislado e 9) o princípio da vedação ao retrocesso social. No primeiro (8) é possível perceber o que a Lei. 13.467/17 traz na sua cortina de fumaça, pois a lei dá a ideia de poder aos sindicatos dizendo que o negociado se sobrepõe ao legislado, no entanto, ao mesmo tempo, retira, de forma brusca, sem qualquer prazo plausível para adequação dos sindicatos à nova realidade (teve-se um *vacatio legis* ínfima de 4 meses), a contribuição sindical obrigatória, o que resultou na diminuição da mobilização sindical, uma vez que sem dinheiro para financiar seus pleitos, o movimento sindical foi duramente mutilado, reduzindo a força sindical, que representava grande parte dos trabalhadores brasileiros. Nesse contexto, emerge a pergunta: de que adianta o negociado se sobrepôr ao legislado em um país em que o direito sindical está cada vez mais fraco? Não se estaria diante de um círculo vicioso, uma vez que dá poder para negociar, mas retira, por outro lado, da categoria que irá negociar os recursos dos quais necessita para negociar em paridade de armas?

Nesse contexto, o princípio da vedação ao retrocesso social é muito importante, pois os direitos dos trabalhadores conquistados coletivamente são direitos Fundamentais e sociais e devem aderir ao contrato individual do trabalho, não podendo dele ser suprimido. Assim, evitar-se-ia um grande retrocesso das conquistas dos direitos sociais.

O segundo capítulo da tese trata da integralização dos direitos negociados coletivamente e do seu poder normativo na justiça do trabalho. Inicialmente, é feita uma análise histórica da criação do poder normativo, bem como é estudado as suas espécies. Posteriormente, é feita uma análise crítica do parágrafo 2º, do artigo 114, da CF/88, o qual foi dada nova redação pela Emenda Constitucional nº45 de 2004. Nessa análise são percebidas muitas divergências doutrinárias sobre o poder normativo da justiça do trabalho decorrentes das sentenças normativas, bem como na exigência do comum acordo para se dar início ao dissídio coletivo.

Ainda no segundo capítulo da tese discorre-se sobre as negociações coletivas, enfatizando-se a evolução histórica do sindicalismo: percorre-se o longo caminho galgado pelo sindicalismo até o amadurecimento do movimento sindical, que resultou em um amplo espectro das negociações coletivas, abrindo margem para um acordo mais benéfico à categoria perdurar mesmo que findado sem prazo, ou seja, tem-se o que a doutrina chama de “a defesa da norma mais benéfica”, garantindo assim a ultratividade. Nesse ínterim, abordam-se também os métodos de resolução de conflitos coletivos existentes e a conceituação de negociação coletiva. Desse modo, estuda-se também os efeitos jurídicos trazidos pelas negociações coletivas, seus sujeitos e os níveis das negociações.

Outro ponto muito importante do segundo capítulo é o estudo sobre o direito sindical e as várias posições doutrinárias, que defendem a possível inconstitucionalidade da Lei 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista, e seus impactos para o direito do trabalho, pois o que se pode perceber é uma grande flexibilização e precarização dos direitos trabalhistas após a aprovação dessa lei.

O terceiro e último capítulo trata da criação de uma nova corrente. Essa corrente propõe garantir tanto a ultratividade dos acordos e convenções coletivas, como os direitos conquistados anteriormente nesses instrumentos coletivos. Tal proposta, e aqui está o coração da presente tese, consiste na defesa de uma **corrente denominada de Plena-Mitigada** intenta garantir os direitos anteriormente conquistados (nos acordos e convenções coletivas) para que quando ocorra uma nova negociação ela não comece do zero, mas pressuponha o último acordo firmado como o início da nova negociação, bem como, assegure a ultratividade desses instrumentos coletivos, ou seja, quando findar o prazo dos acordos e convenções coletivas eles deverão continuar vigindo até que um novo acordo ou convenção seja realizado.

Far-se-á uma análise das teorias existentes sobre a aderência das normas coletivas no direito sindical internacional e pátrio e são estudados os prazos dos instrumentos coletivos e o que mudou recentemente com a reforma trabalhista. Estuda-se, outrossim, dois grandes princípios que são abordados pela Súmula 277 do TST, que são o megaprincípio da proteção e o princípio “*in dubio operário*”. Não obstante tal súmula não está mais em vigor, esses princípios deitam suas bases na constituição e, portanto, irradiam ou, pelo menos, deveriam irradiar seus efeitos por todo ramo do direito do trabalho. E isso, dados os efeitos da reforma trabalhista com todo o seu impacto normativo, leva a supor que faltou tecnicidade ao legislador infraconstitucional, esquecendo-se de princípios básicos que regem a hierarquia das normas.

Ainda no último capítulo se busca a análise da efetivação dos direitos sociais dos trabalhadores e os limites da autonomia coletiva na Lei. 13.467/17. Um foco da presente tese é a incorporação das cláusulas da norma coletiva no Direito do Trabalho internacional e a criação, como já mencionado, de uma nova corrente, que se chamaria de Plena-Mitigada, como uma opção para os trabalhadores brasileiros garantirem seus Direitos Fundamentais-Sociais. O método de abordagem utilizado no desenvolvimento da tese foi o indutivo, o método de procedimento utilizado foi monográfico e a técnica de documentação foi a indireta, envolvendo pesquisa bibliográfica.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO DIREITO DO TRABALHO E OS PRINCÍPIOS QUE PERMEIAM O DIREITO COLETIVO NA MODERNIDADE

1.1 O SISTEMA CAPITALISTA E O MUNDO DO TRABALHO

A dignificação do homem perpassa pelo trabalho, pois este garante tanto a subsistência dele quanto a de sua família. Além disso o trabalho é um meio de ele se inserir na sociedade. A evolução do homem está intrinsecamente relacionada ao trabalho e este sofre constantes mutações que coadunam com a evolução do homem em sociedade.

Dito isso, com a atual conjuntura política e social do Brasil, será feita uma análise das relações do trabalho e do capital¹ para que fique claro o real motivo do protecionismo ao trabalhador. Assim, será feita uma análise histórica do Direito do Trabalho em âmbito nacional e internacional com o intuito de que se possa compreender as mudanças no mundo do trabalho em um modelo neoliberal e perceber se essas alterações são benéficas ou malélicas para os trabalhadores. Para Marx, em seu livro o Capital (2013, p.255-256):

O trabalho é, antes de tudo, um processo entre o homem e a natureza, processo este em que o homem, por sua própria ação, medeia, regula e controla seu metabolismo com a natureza. Ele se confronta com a matéria natural como uma potência natural [*Naturmacht*]. A fim de se apropriar da matéria natural de uma forma útil para sua própria vida, ele põe em movimento as forças naturais pertencentes a sua corporeidade: seus braços e pernas, cabeça e mãos. Agindo sobre a natureza externa e modificando-a por meio desse movimento, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza. Ele desenvolve as potências que nela jazem latentes e submete o jogo de suas forças a seu próprio domínio. (...) uma aranha executa operações semelhantes às do tecelão, e uma abelha envergonha muitos arquitetos com a estrutura de sua colmeia. Porém o que desde o início distingue o pior arquiteto da melhor abelha é o fato de que o primeiro tem a colmeia em sua mente antes de construí-la com a cera. No final do processo de trabalho, chega-se a um resultado que já estava presente na representação do trabalhador no início do processo, portanto, um resultado que já existia idealmente.

Marx² tenta diferenciar o homem dos animais corroborando com a ideia de que não seria possível uma reprodução social sem uma transformação da natureza, seja nos

¹ Nesse sentido “os factos dão razão ao velho Keynes, que há mais de 50 anos, advertia para os perigos de paralisação da atividade produtiva em consequência do aumento da importância dos mercados financeiros da finança especulativa”. (NUNES, 2012, p.27)

² “Marx afirmou reiteradamente que o desenvolvimento (no sentido lógico-genético) do regime do capital reforça o caráter social da produção de mercadorias, e esse avanço da “socialização capitalista” torna a

meios de produção ou nos meios de subsistência, para ele só existirá sociedade se ocorrer a natureza (LESSA, 2011).

O trabalho do homem perpassa verdadeiras transformações ao logo do tempo na história. A caça e a coleta foram o primeiro modo de evolução produtiva, e esse modelo é muito bem trabalhado na obra *Sapiens* de HARARI (2015). A subsistência era a única coisa que importava nessa época não existia a real necessidade de se obter lucros e muito menos de se tirar qualquer proveito dessa relação. A ideia era de sobreviver como bem relata Lessa e Tonet (2011, p.52),

Como a produtividade era muito pequena, não havia qualquer possibilidade econômica de exploração do homem pelo homem. Era uma sociedade tão primitiva que sequer possibilitava a existência das classes sociais. Contudo, o trabalho e seus efeitos já se faziam presentes mesmo nesse ambiente primitivo.

A necessidade de alimentos e a complexidade das comunidades iam evoluindo de acordo com o aumento de grupos existentes. Diante dessas necessidades, o homem passa a desenvolver a pecuária e a agricultura, ou seja, a evolução no trabalho começa a emergir de acordo com as necessidades de cada época.

Em seguida, o modelo escravocrata surge e é marcado pela subordinação do homem pelo homem³. Esse modelo aparece em momentos de guerras da antiguidade em que o perdedor da batalha era escravizado pelo vencedor (CASTRO, 2015). No modelo escravocrata, o que o homem recebia pelo seu trabalho era apenas a alimentação que, por muitas vezes, era muito precária.

Após esse momento drástico da história do mundo do trabalho, que foi o trabalho escravo, surge o feudalismo modelo em que o dono da terra era o senhor feudal, e ele poderia oferecer um pedaço de terra para outro homem cultivar, mas a maior parte da produção ficaria com o senhor feudal. Pode-se perceber que há uma grande diferença entre o modelo de trabalho escravo e o modelo feudal para Lessa e Tonet (2011, p. 61),

conversibilidade do dinheiro de crédito no dinheiro mercadoria, seja qual for sua materialidade, “uma aspiração disparatada”. O dinheiro-a forma geral do valor e expressão universal da riqueza - , somente ele, realiza a riqueza individual como riqueza social; é o dinheiro este “objeto”” (BELLUZZO, 2013, p.09)

³ “O fato de alguns seres humanos se apropriarem da força de trabalho de outros e a explorarem é característica antiga da organização humana. O exercício do poder para essa finalidade levou à construção de diferentes relações sociais, desde a escravidão, servidão e tráfico de mulheres (e às vezes crianças), vistas como bens móveis submetidos à vontade de adoradores para realizar a obra de Deus ou deuses nas sociedades teocráticas, até a submissão de súditos leais que vão para guerra ou constroem pirâmides, por exemplo, em nome de um líder, patriarca, monarca ou senhor local” (HARVEY, 2016, p. 67)

O trabalho no campo era realizado pelos servos. Estes, diferente dos escravos, eram proprietários das suas ferramentas e de uma parte da produção. A maior parte dela ficava com o senhor feudal, proprietário da terra e também líder militar, a quem cabia a responsabilidade da defesa do feudo. Ele não poderia vender a terra ou expulsar o servo; este, em contrapartida, não poderia abandonar o feudo. O servo estava ligado à terra e o senhor feudal, ao feudo.

Com essa nova possibilidade de trabalho, o homem começa a alimentar novas perspectivas e passa a desenvolver novas habilidades. Nesse contexto, conseqüentemente, há uma produção bem maior que causa certo excedente. Então, surge o comércio e as mercadorias começam a sobrar e os senhores feudais deixam de necessitar dos serviços de alguns feudos. Esses servos são obrigados a deixar seus feudos e com isso passam a roubar os produtos excedentes e a comercializá-los.

Assim, novos modelos emergem para a sociedade. E, com eles, aparecem suas complexidades e seus problemas. Para Moura (2016, p.52):

os problemas sociais só começaram a ser solucionados quando esses marginalizados passaram a ser convocados para participar das Cruzadas Religiosas da Igreja Católica. Tais Cruzadas saíam em combate aos muçulmanos, que controlavam o Mediterrâneo e parte da Península Ibérica. Por trás do intuito religioso havia também o interesse financeiro de conquista de territórios. Várias foram as conseqüências das Cruzadas, como surgimento das companhias mercantis, crescimento das cidades e difusão do espírito de lucro, que serviria, no futuro, como base para o capitalismo.

Diante disso surge a “Burguesia”, que era formada por comerciantes e artesãos. A classe burguesa eclode e expande-se por todo o mundo e como conseqüência ocorre a acumulação de riquezas, e aumenta o número de exportações. Nesse período existiam as corporações de ofício que eram formadas pelos mestres, ou seja, aqueles que tinham domínio de um certo ofício. Existiam os aprendizes que eram responsáveis por aprender a profissão com os mestres e também os companheiros que percebiam uma remuneração dos mestres (MARTINS, 2014).

Na verdade, uma das funções das Corporações de ofício era a proteção desses trabalhadores sendo que o trabalho na época era desenvolvido de uma forma muito precária e alguns trabalhavam até dezoito horas por dia.

As Corporações de Ofício foram extintas com a Revolução Francesa, que possuía conceitos liberais e não admitia aquele modelo de trabalho. A máquina a vapor revoluciona as formas de trabalho e emerge a Revolução Industrial. Com isso, um novo

modelo de organização de trabalho surge, o “Capitalismo”. Para Maurício Godinho Delgado (2017), surge uma necessidade de mão de obra de qualidade que gera um ambiente hostil de trabalho, e o lucro passa a ser o principal objetivo desse modelo, acarretando, assim, a prevalência do trabalho degradante. Como relata Jorge Neto e Cavalcante, 2015, p.14:

Registros históricos demonstram a existência de vários relatos de intermináveis horas de trabalho, chegando às vezes ao limite de 18 horas diárias, sem haver a distinção entre o trabalho das mulheres, das crianças e dos homens. Era frequente os trabalhadores dormirem nas próprias fábricas em condições péssimas; há relatos de castigos físicos se a produção não atingisse os limites estabelecidos pelo patrão. De fato, a única diferenciação existente entre o trabalho “livre” na Revolução Industrial e o escravo é o pagamento dos salários (parcos valores).

O proletariado passa a ser o protagonista desse novo modelo. Surge, então, o pagamento de salários e com ele toda a sua problemática. Entre os problemas enfrentados, estão várias horas de trabalho em ambientes insalubres sem nenhuma proteção, gerando muitos acidentes de trabalho. Além disso, havia os baixos salários. Diante dessa nova realidade, surgem as manifestações da classe operária para que tivessem mais segurança e melhores condições de trabalho. Nessa seara, a união dos trabalhadores foi de grande importância, pois o modelo vivenciado na época era o do Adam Smith. Nesse modelo, o que há é a própria regulação do mercado e a intervenção estatal não poderia ocorrer.

Para Martinez essa união dos trabalhadores era essencial para que emergissem modificações nesse cenário trabalhista e

a conscientização coletiva, despertada pelo instinto de autoproteção, gerou profundas modificações em plano secundário. Emergia dos processos revolucionários, políticos, sociais e econômicos da época outra revolução, desta vez promovida pelo proletariado contra a burguesia e que se ligava, intimamente, a uma ideologia socialista, de fundo comunista, cujo maior expoente foi Karl Marx. Para ele, o movimento histórico que transformou os servos e artífices em operários assalariados se apresentou explicitamente como suposta libertação da servidão e da coerção corporativa, embora, implicitamente (por colaboração nociva dos historiógrafos burgueses), fosse, na verdade, um processo por meio do qual os recém-libertos apenas se tornaram vendedores de si mesmos depois de terem sido espoliados de todos os seus meios de produção e de todas as garantias para sua existência, antes oferecidas pelas antigas instituições feudais. (2016, p.62)

E é nessa explosão de manifestação que o Estado⁴ se viu na necessidade de intervir nas relações trabalhista para buscar uma solução para os conflitos e, desse modo, conseguir garantir alguns direitos para os trabalhadores. Com isso, emerge o Direito do Trabalho, que é fruto da Revolução Francesa e da Revolução Industrial. O Direito do Trabalho busca evitar inicialmente as formas precárias de trabalho e atender as necessidades reivindicadas pelos trabalhadores. Nesse sentido, segundo Delgado (2017, p. 88): “o Direito do Trabalho é um produto do Capitalismo”.

Assim, o movimento para a constitucionalização dos Direitos Trabalhistas começa a ganhar força. A constitucionalização dos direitos trabalhistas surge no cenário mundial inicial no México com a Constituição de 1917 e na Alemanha em 1919 com a Constituição de Weimar. Todas essas mudanças ocorreram para garantir o sistema de produção capitalista e tentar apaziguar as revoluções dos trabalhadores da época. Para Lessa e Tonet,

no capitalismo, as relações sociais são, antes de mais nada, instrumentos para o enriquecimento pessoal. Se para um burguês enriquecer, ou se tornar ainda mais rico, for necessário jogar milhões na miséria – ou mesmo matar milhões – ele assim o fará, e a sociedade burguesa aceitará esse fato como “natural”. Insano o burguês que deixar de ganhar dinheiro para defender os interesses coletivos. Para o indivíduo típico dessa sociedade, a coletividade nada mais é do que o instrumento para o seu enriquecimento pessoal. Esta é a essência do individualismo burguês, tão característico da vida social dos nossos dias (2011, p.66).

É salutar lembrar que, até mesmo nesse período, as normas são criadas para satisfazer as necessidades do mercado e o mesmo ocorre até os dias atuais. Isso acaba por comprometer os direitos humanos⁵ e sociais dos trabalhadores.

⁴ “O Estado, diz-se, é a “sociedade política por excelência”, uma vez que, ao contrário das demais, é necessária, sendo seu ordenamento jurídico e poder político contingenciadores e limitadores dos demais existentes no âmbito daquelas. Isto quer dizer que, enquanto outras sociedades ditas contingentes têm a abrangência de sua ordem jurídica limitada subjetivamente àqueles que delas fazem parte, e objetivamente à sua base física, a do Estado engloba todos os que vivem no seu território, além de limitar os poderes das demais sociedades. É a esse poder estatal que chamamos de *soberania*, considerando como sendo o poder *inconstável*, porque não admite contrariedade da parte de outro dentro do território de determinado Estado, e *incontrastável*, no sentido de não poder haver, ainda dentro do referido território, outro que se lhe iguale e muito menos o suplante” (FILOMENO, 2015, p.96-97).

⁵ “Direitos humanos não são simples moralismo. Antes, reconhecê-los é condição de possibilidade de uma sociedade alternativa e sustentável, base de toda sociedade digna de ser mantida. Esse aspecto dos direitos humanos recebe grande destaque desde a Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos humanos proclamada pela ONU em 1948, diferentemente das declarações do século XVIII, tem uma perspectiva integral. Ela inclui direitos à vida da natureza externa ao homem. Ela apresenta uma perspectiva que é essencial nos dias de hoje e que até certo ponto é construída pela sociedade que

Dito tudo isso, surge o período da fartura, ou seja, o período Pós-Revolução Industrial. Nesse momento os produtos estão em excesso, e os preços começam a cair. Como consequência disso, o que era a solução, a grande escala de produção, passa a ser um grande problema, gerando muitas crises. Para Mészáros (2009, p. 9):

O capital, no século XX, foi forçado a responder às crises cada vez mais extensas (que trouxeram consigo duas guerras mundiais, antes impensáveis) aceitando a “hibridização” — sob a forma de uma sempre crescente intromissão do Estado no processo sócio-econômico de reprodução) como um modo de superar suas dificuldades [...].

Fica evidente que o Capitalismo fica fragilizado, pois não consegue encontrar uma forma de se autossuperar e acaba por entrar em crises cíclicas e pode-se dizer que as medidas utilizadas para amenizar essas crises são provisórias (MÉSZÁROS, 2009). Nesses momentos da história mundial é que ocorrem mudanças drásticas como a que aconteceu no Brasil: a reforma trabalhista. Como demonstrado, o problema do modelo do Capitalismo é que as suas medidas são paliativas e não conseguem solucionar as problemáticas do próprio modelo por muito tempo. Assim, o que se tem são crises estruturais que aparentemente não encontram soluções permanentes. Para Mészáros (2009), esse é um dos motivos de tantas reformas em busca de tentar salvar um modelo que na verdade está em crise estrutural⁶.

A ideia central do modelo capitalista é a de estimular o consumo, criando produtos que facilmente serão descartados e necessitarão ser substituídos. E, se necessário, o modelo espera na intervenção do Estado a sua última saída, pois para salvar o modelo o Estado é capaz de comprar os produtos mesmo que não necessite.

Depois desse recorte mundial no direito do trabalho, será realizada a análise de como todo esse processo para a criação das Leis trabalhista se deu no Brasil.

emerge após a Segunda Guerra Mundial, uma perspectiva que recebeu o nome de “Estado de Bem-Estar” (HINKELAMMERT, 2014, p. 111)

⁶ De tempos em tempos, os fluxos de capital são redirecionados de um espaço para outro. O sistema capitalista continua relativamente estável como um todo, mesmo que suas partes passem por dificuldades periódicas (como desindustrialização aqui ou desvalorização parcial ali). O efeito geral dessa volatilidade inter-regional é a redução temporária do perigo sistêmico de superacumulação e desvalorização, ainda que os problemas em determinados lugares se acentuem. A volatilidade regional que se viveu mais ou menos desde a década de 1980 parece ter sido desse tipo. A cada passo, é claro, surgem questões sobre o próximo espaço de fluxo lucrativo do capital, bem como sobre o próximo espaço que será abandonado e desvalorizado, e por quê. O efeito geral pode ser enganador: como o capital sempre vai bem em algum lugar, há a ilusão de que tudo ficará bem nos outros lugares se a forma do capital for reajustada segundo a forma predominante no Japão e na Alemanha Ocidental (década de 1980), nos Estados Unidos (década de 1990) e na China (depois de 2000). O capital nunca resolve suas falhas sistêmicas porque as desloca geograficamente (HARVEY, 2016, p.145).

A primeira forma de trabalho encontrada no Brasil foi a dos índios que, por sua vez, eram escravizados e catequizados. Após esse período, surge o trabalho escravo dos povos negros até a promulgação das Leis Do Ventre Livre (1871), Lei dos Sexagenários (1885) e Lei Áurea (1888).

Apenas em 1934, surge a primeira carta constitucional brasileira, que continha regras de direitos trabalhistas. Somente com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, em 1943, foi que as Leis trabalhistas começaram a ganhar força no país.

Com a Constituição Federal de 1988, o Brasil começa a participar de um grupo de países democráticos que garantem os Direitos Sociais⁷ e Fundamentos da sua classe trabalhadora. A Carta Magna de 1988 marca a história de um país que por décadas corroborou com o trabalho escravo.

Outro momento de suma importância para os trabalhadores brasileiros foi a Era Vargas, pois, nesse período,

Começa a surgir uma política trabalhista idealizada por Getúlio Vargas em 1930. Havia Leis ordinárias que tratavam de trabalho de menores (1891), da organização de sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), de férias etc. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio foi criado em 1930, passando a expedir decretos, a partir dessa época, sobre profissões, trabalho das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939) etc. Getúlio Vargas editou a legislação trabalhista em tese para organizar o mercado de trabalho em decorrência da expansão da indústria. Realmente, seu objetivo era controlar os movimentos trabalhistas do momento. A Constituição de 1934 é a primeira constituição brasileira a tratar especificamente do Direito do Trabalho. (MARTINS, 2014, p. 10)

Com Getúlio Vargas no poder, houve muitas mudanças para a classe trabalhadora como a criação do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, que nos seus moldes iniciais era considerado um braço do Estado. Outras grandes conquistas foram a publicação da CLT e a fundação dos sindicatos. A constitucionalização dos direitos trabalhista só ocorreu integralmente com a Constituição Federal de 1988, em que os direitos trabalhistas conquistaram o status de Direitos Sociais e Fundamentais. Esse fato é de grande relevância, pois, é partindo daí, que não se pode aceitar que Leis

⁷ “O histórico de construção dos direitos sociais possui íntima ligação com a noção de Estado Social e com o constitucionalismo que lhe é subjacente. É notório que o projeto liberal de Estado Mínimo fracassou por pressupor que o indivíduo, considerado em si mesmo, é o único ponto de referência relevante no cenário jurídico estatal, sendo insuficientes tanto a doutrina econômica de Adam Smith quanto a política de Estado por ela engendrada para dar o adequado tratamento a uma questão existencial que transcende a própria natureza e a razão de ser Estado: as pessoas são naturalmente deferentes e precisam de mecanismos de compensação que as igualem em direitos e obrigações” (PEREIRA, 2018, p. 81)

infraconstitucionais cheguem a ferir direitos fundamentais garantidos constitucionalmente sob a alegação da necessidade de flexibilizações.

A flexibilização está relacionada com movimentos como a globalização⁸ e tudo isso leva a uma flexibilidade das normas trabalhistas que poderão ser muito prejudiciais aos trabalhadores. Para Silva (2013, p.6),

A palavra flexibilização no aspecto laboral abrange, fundamentalmente, o modo de contratação dos trabalhadores, a duração do trabalho, o estabelecimento de salários, negociação coletiva e as formas de cessação do contrato de trabalho. Isso porque a sociedade do trabalho experimentou durante as últimas décadas do século XX um grande desenvolvimento econômico, que, por vezes, lidara com crises econômicas. Logo, a sociedade capitalista, clamava por menos ingerências do Estado e das entidades sindicais nas formas de se organizar o trabalho.

Percebe-se que o conceito da palavra flexibilização está ligado intimamente ao modo capitalista de atuar. Essas mudanças que ocorrem com o argumento de uma necessária flexibilização atingem exclusivamente a classe trabalhadora e suas vidas. E, na verdade, não ocorre apenas uma flexibilização das relações trabalhistas, mas, sim, uma verdadeira precarização dessas relações em que se perdem muitos direitos almejados por décadas, ou seja, o mercado está sempre em primeiro lugar e nunca o trabalhador, o pai, a mãe, o ser humano.

Segundo Ricardo Antunes:

Essas transformações, presentes ou em curso, em maior ou menor escala, dependendo de inúmeras condições econômicas, sociais, políticas, culturais etc., dos diversos países onde são vivenciadas, afetam diretamente o operariado industrial tradicional, acarretando metamorfoses no ser do trabalho. A crise atinge também intensamente, como se evidencia, o universo da consciência, da subjetividade do trabalho, das suas formas de representação. Os sindicatos estão aturdidos e exercitando uma prática que raramente foi tão defensiva. Distanciam-se crescentemente do sindicalismo e dos movimentos sociais classistas dos anos 1960/70, que propugnavam pelo controle social da produção, aderindo ao acrítico sindicalismo de participação e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando aspectos fenomênicos desta mesma ordem. Abandonam as perspectivas que se inseriam

⁸ “Globalização ou globalismo corresponde à fase do sistema capitalista, despontada no último quartel do século XX, que se caracteriza por uma vinculação especialmente estreita entre os diversos subsistemas nacionais, regionais ou comunitários, de modo a criar, como parâmetro relevante para o mercado, a noção de globo terrestre, e não mais, exclusivamente, nação ou região. A globalização traduz-se não somente como fase do capitalismo, mas também, como processo, na medida em que tende a afetar, hoje, de maneira direta ou indireta, as realidades econômicas (e, ainda, sociais, políticas e culturais) nos diversos segmentos da terra. Fase e processo que demarcam significativamente o presente período vivido pelo sistema econômico-social gestado os séculos XVII e XVIII na Europa ocidental, atingindo, de um modo ou de outro, as diversas sociedades e economias nacional ou regionalmente estruturadas ao longo do mundo” (DELGADO, 2017, p.15-16).

em ações mais globais que visavam a emancipação do trabalho, a luta pelo socialismo e pela emancipação do gênero humano [...] (2015, p. 54-55)

O Direito sindical passa por muitas transformações diante desses novos modelos que se desenham conforme explanado pelo autor Ricardo Antunes. Os direitos dos trabalhadores merecem ser levados a sério, pois eles advêm de toda uma história de luta e de transformação. Não é possível que reformas como a que ocorreu em 2017, que promulgou a Lei.13.467/17 venha retirar ou suprimir direitos desses trabalhadores que devem e merecem ser considerados como o ser hipossuficiente dessa relação.

O próximo tópico irá analisar os direitos trabalhistas como um direito social e fundamental diante dos aspectos constitucionais inseridos na Carta Magna de 1988.

1.1.1 O Trabalho como um direito fundamental do ser social

O ser humano só se faz plenamente digno quando é capaz de autoconstituir-se normativamente, tornando-se também plenamente imputável ante as normas que instituiu. Imperiosa, pois, é a igual percepção de que a reserva do possível se dá ante a limitação técnica e econômica de uma sociedade que se pauta pela justiça social, na qual a curta distância entre ricos e pobres estampe o esforço coletivo para que todos sejam coparticipes e, por isso, tenham a sua dignidade humana assegurada. Não basta ao homem estar vivo, ser saudável e dominar a escrita. Até aí ele não se torna senhor de si.

O homem é um ser que se faz na história, daí porque a importância de termos instituições nas quais seja possível a efetivação do ser humano como um todo. Aqui entra a importância do direito como garantidor daquele espaço no qual os direitos e garantias sejam implementados, de modo que se chegue a um patamar de conquistas de direitos do qual não se pode retroceder, sob pena de regredir-se em conquistas relevantes para a coletividade.

O trabalho como um Direito Fundamental merece uma pesquisa minuciosa nesta tese de doutorado. Dessa forma, verifica-se-á o que é um Direito Fundamental. Em alguns momentos, os direitos fundamentais são chamados de direitos dos homens ou direitos humanos como se fossem sinônimos.

Para Robert Alexy (2017), as normas de direitos fundamentais podem ser avaliadas sob duas formas, ou seja, a abstrata ou a concreta. Ela seria abstrata quando

possuir um carácter universal e geral sem necessariamente se ater a uma norma jurídica ou ela poderá ser concreta quando ligadas às normas de um determinado texto constitucional. A partir desse raciocínio, é possível distinguir os direitos fundamentais dos direitos do homem e dos direitos humanos. Alexy defende que os direitos fundamentais são direitos do homem que foram positivados. Para ele, “*direitos fundamentais* são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo (1999, p. 274)”. Nesse raciocínio, os direitos do homem passam a ter uma validade jurídica, pois são positivados.

Com o mesmo pensamento, defende Canotilho (2003, p.393) que:

As expressões direito dos homens e direitos fundamentais são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direitos do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Percebe-se que Robert Alexy e Canotilho têm o mesmo pensamento com relação à distinção entre direitos do homem e direitos fundamentais.

Também para Ommati (2018, p. 156), deve-se

tentar distinguir direitos fundamentais dos direitos humanos. Haveria alguma diferença entre os direitos fundamentais e os direitos humanos? Em geral, diz-se que a expressão direitos fundamentais deve ser utilizada para se referir aos direitos constitucionais estabelecidos nas diversas ordens jurídicas internas enquanto os direitos humanos devem ser utilizados para os direitos consagrados as pessoas, enquanto cidadãos do mundo, ou seja, direitos estabelecidos pelos documentos internacionais.

Assim, o conceito de direitos fundamentais está vinculado a um processo histórico de evolução dos direitos fundamentais, e o seu surgimento se deu como a imposição de limites da atuação do Estado para evitar a interferência desse mesmo Estado, ou seja, do poder público na esfera privada individual. Assim, os Direitos Fundamentais seriam direitos de liberdade que evitariam as intervenções arbitrárias do Estado. No entanto, após a Segunda Guerra Mundial novas constituições foram promulgadas nos Estados Ocidentais que continham garantias sociais positivas e direitos da coletividade e vários princípios para se protegerem do Estado.

A partir desse momento, após a Segunda Guerra Mundial, os Direitos Fundamentais passam a ser defendidos, não só como um direito que serve para se defender das arbitrariedades do Estado, mas também como direitos os quais o Estado é obrigado a prestar para a sociedade. Assim relata Jorge Reis Novais (2010, p. 256):

O Estado Social não se basta, como anteriormente, com a garantia e proteção da liberdade e da propriedade do reduzido corpo de cidadãos que possuíam os recursos, as habilitações e a educação para procurar, por si próprios, as condições de uma existência digna, mas assume-se também como provedor de todas as pessoas sob sua jurisdição e que, abandonadas às capacidades próprias e aos recursos proporcionados pelo livre jogo do mercado, seriam incapazes de aceder àquelas condições mínimas de existência e, conseqüentemente, de gozo da liberdade.

Percebe-se a grande importância que os direitos fundamentais possuem para as sociedades modernas tendo em vista o seu caráter garantidor do mínimo existencial e da garantia da dignidade da pessoa humana. O direito do trabalho é um direito social garantido na Constituição Federal de 1988 em seus artigos 6º e 7º e, por isso, deve ser considerado um direito fundamental. Assim,

Muito embora haja autores, no Brasil, que negam aos direitos sociais (no todo ou em parte) a condição de autênticos direitos fundamentais, tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa inclusão dos direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II, isto sem falar no já referido compromisso do constituinte com a justiça social. Sem que se possa aqui aprofundar este tópico, há de prevalecer, portanto, o entendimento de que, acima de tudo em virtude da expressa previsão do Poder Constituinte, todos os direitos sediados no Título II da CF são direitos fundamentais, ainda que se possa discutir a respeito de quais as exatas conseqüências, em cada caso, de tal fundamentalidade, visto que se trata de questão relacionada com o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais. (SARLET, 2018, p.572-573)

A partir da citação acima, parte-se do pressuposto de que os direitos sociais são direitos Fundamentais. E o que viriam a ser os Direitos Sociais e qual a sua finalidade? Para Bulos, (2012, p. 803) “direitos sociais são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”. E qual a sua finalidade? Para o mesmo autor, a ideia

é beneficiar as pessoas hipossuficientes, direta ou indiretamente, com o intuito de diminuir as desigualdades sociais. Os Direitos Sociais podem se classificar em: do trabalhador; da seguridade, da educação, da cultura, do lazer, dentre outros, e também dos grupos, como a liberdade sindical, o direito de greve, a estipulação dos contratos coletivos de trabalho e outros (BULOS, 2012, p. 804).

É de conhecimento de todos a forma genérica como os Direitos Sociais são resguardados no artigo 6º da CF de 88 e da divergência interpretativa, entre os autores, se eles são ou não direitos fundamentais. Destarte, sabe-se da imperiosa necessidade de sua efetivação como condição para o Brasil entrar de vez em um ciclo civilizatório de reconhecimento de direitos, principalmente em um mundo cada vez mais globalizado.

Para Bulos (2012, p. 805) “A rubrica “Dos direitos sociais”, que nomina o Capítulo II do Título I da Carta Magna, entrelaça-se com a ideia de direitos dos trabalhadores”.

Para Sarlet (2014, p. 20), os direitos trabalhistas são sim direitos fundamentais, apesar de boa parte da doutrina discordar dessa sua interpretação. Para ele,

... torna oportuna a lembrança de que ao se tratar de direitos fundamentais na Constituição não há como abrir mão de uma perspectiva dogmático-jurídica (mas não necessariamente formal-positivista) da abordagem, reafirmando-se, de tal sorte, a necessidade de uma Leitura constitucionalmente adequada da fundamentação e do próprio conteúdo e alcance dos direitos sociais e dos direitos dos trabalhadores na condição de direitos fundamentais.

Desse modo, e dentro dessa visão holística, não há dúvidas, defendidos aqui nesta tese, de que os direitos sociais fazem parte do rol dos Direitos Fundamentais.

Dessa forma, sendo os direitos sociais fundamentais, esses direitos devem ser assegurados nos acordos e convenções coletivas, evitando-se um retrocesso nas conquistas das classes trabalhadoras sempre que uma nova convenção ou acordo seja elaborado e celebrado, garantindo, assim, o mínimo existencial para esses trabalhadores.

Pensando assim, o mínimo existencial, direito denominado de 2ª geração⁹, é um direito relacionado com os direitos sociais, econômicos e culturais, previstos na Carta

⁹ “A segunda geração aparece com os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos, portanto, de base social. Surgem primeiramente como “deveres” impostos ao Estado já na Constituição francesa de 1791, como *secours public* às crianças abandonadas, aos pobres enfermos e inválidos, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição francesa de 1848, cujo preâmbulo fazia referência à necessidade de se assegurar uma repartição mais justa entre encargos e vantagens sociais. A subjetivação ou a definição

Magna, bem como, o trabalho, o salário mínimo, a alimentação, o vestuário, o lazer, a educação, o repouso, as férias.

Segundo Bulos (2012, p. 525):

A segunda geração, advinda logo após a Primeira Grande Guerra, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, no sentido de fazer algo de natureza social em favor do homem. Aqui encontramos os direitos relacionados ao trabalho, ao seguro social, à subsistência digna do homem, ao amparo à doença e à velhice.

Todos esses direitos elencados servem para garantir um mínimo de subsistência digna ao ser humano. O próprio poder constituinte deixa claro seu desejo de que sejam assegurados os direitos sociais na Constituição Federal.

Neste diapasão afirma Branco (2008, p. 265):

(...) A relevância da proclamação dos direitos fundamentais entre nós pode ser sentida pela Leitura do Preâmbulo da atual Constituição. Ali se proclama que a assembleia Constituinte teve como inspiração básica dos seus trabalhos o propósito de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”.

Assim, considerando os direitos sociais, constitucionalmente resguardados, como direitos fundamentais chega-se ao artigo 60, § 4º, IV, da Lei Maior, que relata que não poderá ser objeto de deliberação a proposta de emenda a qual pretenda abolir direitos e garantias fundamentais.

Corroborando com esse pensamento, temos o que Sarlet (2018, p.573) diz:

Assim, ainda que no caso de alguns direitos sociais se deva reconhecer uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivado no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências. A carência ou insuficiência de conformação da norma jusfundamental que alberga direitos sociais não poderá consistir, portanto, em obstáculo à sua aplicação imediata e exigibilidade judicial. Já no que diz com a proteção dos direitos sociais em face de ingerências ou mesmo diante da omissão do Estado e da sociedade, remetemos ao item próprio deste comentário e ao comentário sobre os limites materiais à reforma constitucional (art. 60, § 4º, CF).

Com isso, entende-se que a Lei 13.467/17 não poderá retirar direitos sociais que são considerados direitos fundamentais, pois estaria afrontando a própria Constituição

mais clara desses direitos esperará a Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919. No Brasil, surgirá com o texto constitucional de 1934” (SAMPAIO, 2010, p. 243).

Federal de 1988, tendo em vista que esses direitos seriam Cláusulas Pétreas. Esse pensamento será de grande importância para o desenrolar desta tese posteriormente.

Neste momento da pesquisa, é preciso compreender que os direitos sociais não poderão sofrer retrocessos sob pena de ferir o princípio da vedação ao retrocesso social, o mínimo existencial e a garantia da dignidade da pessoa humana, levando em consideração que o trabalho dignifica o homem.

1.1.2 O mundo do trabalho

Não há como falar do ser humano sem falar da palavra trabalho, pois, mesmo que o homem primitivo não tivesse consciência, quando ele saía em busca de alimento para sua subsistência, ele estava trabalhando. Como relata Vianna (1997), primeiro o homem trabalhou para garantir a sua sobrevivência em busca de alimentos, em seguida, começou a fabricar armas para se defender dos animais. Inicialmente nos combates venciam quem matava o adversário, aí o homem percebeu que era melhor escravizar o oponente, tornando-o prisioneiro e fazendo com que ele trabalhasse.

A definição da palavra trabalho é algo bem complexo. Para Battaglia (1958, p. 15), o trabalho é de grande importância dos pontos de vista técnico, jurídico, econômico, social ou religioso, e é imprescindível para a vida humana. Há algumas definições para o termo “trabalho”. Para os italianos, o trabalho (lavoro) pode significar a ação de trabalhar bem como a fadiga, ou seja, o resultado desse trabalho. A ideia de fadiga para os italianos está ligada ao trabalho no campo, ou seja, ao trabalho duro, e essa ideia fez com que, em muitos países, o significado da palavra trabalho fosse um termo muito pejorativo.

A maneira como se entende o trabalho¹⁰ mudou muito ao longo dos anos. Passa-se de uma concepção degradante, indigna para uma concepção que se confunde com a própria construção do ser humano, o que significa dizer que hoje, o trabalho, passou a ter a proteção dos direitos sociais. Como relata Battaglia (1958), na Grécia Antiga, o

¹⁰ A civilização hebraica, diante de seus aspectos morais e religiosos, já valorizava o trabalho seis séculos antes de Cristo e acreditava que o trabalho era dignificante para a vida do homem, pois serviria para a sua purificação diante dos olhos de Deus. O cristianismo também é responsável pela ideia de que ao homem era preciso ganhar o próprio pão e que isso o faria digno (Vianna e Süsskind (1997). Essa nova visão de trabalho, trazida pelo cristianismo, defendia que o homem é justo e trabalhador, pois é responsável pelo seu próprio sustento. Desse modo, o trabalho evitaria o ócio e os vícios. Isso trouxe um sentido ao trabalho diferente do encarado na Grécia, que era a ideia de castigo e fadiga. A ideia de trabalho vislumbrada na antiguidade era relacionada a sentimentos como dor, castigo e sofrimento.

trabalho era algo negativo, só quem era indigno trabalhava, e tal expressão tinha o significado de pena, de castigo. Para o homem grego, a sua dignidade era medida pela sua participação na sociedade com pensamentos e palavras, logo o homem livre não teria que utilizar a força física, pois cabia a ele se ocupar com a política, com a adoração aos Deuses, ou seja, o trabalho era algo degradante ao homem grego. Somente a partir dos sofistas, foi que o trabalho braçal passou a ser visto como algo de valor.

A concepção de trabalho como valor social, como responsável pela dignidade da pessoa humana e, também, como reconhecimento da relação de emprego é uma visão recente. Para alguns autores, a história do direito do trabalho só começa depois da Revolução Francesa, ou seja, no século XIX, como defende Moraes Filho (1978).

Segundo Sussekind:

A Revolução Francesa (1789), com sua filosofia liberal-individualista, partindo do princípio de igualdade jurídico-política de todos os cidadãos (todos são iguais perante a Lei), consagrou, entre os seus postulados fundamentais, a liberdade contratual e, por consequência, a não intervenção do Estado nas relações contratuais (*laissez-faire*), proibindo, ainda, a coalizão de pessoas em corporações de direito ou de fato, para evitar a pressão de grupos em detrimento da liberdade individual (2000, p. 81).

Desta sorte, a ideia da não intervenção do Estado está pressuposta na concepção liberal abraçada pela Revolução Francesa, segundo a qual todos são iguais perante a Lei, o que justificaria a não intervenção estatal, deixando os sujeitos livres para contratarem quando e como quisessem. Ocorre que tal ideia, a igualdade fundamental entre as pessoas, está longe de ser verdadeira no campo das relações trabalhistas, daí a necessidade da intervenção do Estado para proteger o lado hipossuficiente da relação trabalhista.

Daí porque o direito do trabalho é o resultado das transformações sócio-econômicas ocorridas no século XIX, pois, somente a partir desse momento da história mundial, é que emanam as condições sociais para se falar em direito do trabalho como uma ciência jurídica tendo em vista as condições extremamente precárias do trabalho na Revolução Industrial. Logo, pode-se dizer que a origem do direito do trabalho surge no final do século XVIII e início do século XIX a partir das explorações sofridas pelos trabalhadores na Europa Ocidental.

A Revolução Industrial passa a ser para o direito do trabalho como um divisor de águas, pois a era das máquinas e seus novos instrumentos fizeram nascer as grandes indústrias e, com elas, a concentração de um grande número de trabalhadores. Para Sussekind, a Revolução Industrial trouxe uma cruel relação para os trabalhadores, pois

O incremento da máquina a vapor substituiu braços humanos e desequilibrou a oferta e a procura de trabalho --- desequilíbrio que se acentuou pelo fato de que mulheres e crianças, cada vez em maior número, passaram a procurar emprego, a fim de melhorar a receita familiar, aceitando salários inferiores aos dos homens. (Sussekind, 2000, p.82)

Por outro lado, o desenvolvimento de técnicas na construção das estradas ampliou o mercado e aumentou a necessidade de contratação, porém as contratações eram precarizadas e os trabalhadores aceitavam propostas em péssimas condições de trabalho. Assim, “a liberdade e a máquina não libertaram o trabalhador” (Sussekind, 2000, p.83).

Pinto (1998) relata que a primeira Revolução Industrial começou na Inglaterra e seguiu para restante do continente europeu no primeiro quartel do século XVIII, e uma das suas características seria a fase de transição do trabalho manual para o trabalho com máquinas. Já a segunda Revolução Industrial ocorreu no final do século XIX e início do século XX, e a sua característica era a transição da máquina como ferramenta para a mecanização ou semiautomatização. E a terceira Revolução Industrial ocorreu em 1945, no pós-guerra. Nesse momento, as máquinas já estavam bem desenvolvidas e já eram capazes de substituir a mão-de-obra humana.

Outro fato de grande importância para o surgimento do direito do trabalho são as lutas sociais que ocorrem no século XIX. Isso ocorreu devido à busca dos trabalhadores por melhores condições de trabalho. Algumas revoluções se passaram na Inglaterra, na França (1848-1871), e na Alemanha (1848), que impulsionam espontaneamente acordos e convenções coletivas e legislações estatais. Outra grande influência para a efetivação do direito do trabalho foi a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891. Momento em que a igreja passa a se manifestar com relação às injustiças sociais que estão ocorrendo naquela época e passa a estimular a intervenção do Estado na economia com o intuito de garantir direitos sociais.

Nesse documento pontifício encontra-se uma profunda reflexão sobre as sofridas e, muitas vezes, injustas condições materiais dos operários na Europa. Sem contar que, neste documento, há uma sensata crítica ao capitalismo e uma das primeiras reflexões críticas sobre o perigo que representa a política populista e demagógica oriunda do sistema socialista. Até hoje a *Rerum Novarum* é um dos mais importantes documentos que analisam e denunciam os problemas e conflitos sociais. Trata-se de um dos mais fundacionais e importantes documentos que tratam dessa problemática. Basta dizer que as grandes políticas de combate à pobreza desenvolvidas no século XX e até mesmo a promulgação, em 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foram inspiradas, de forma direta ou indireta, nessa encíclica papal. (SANTOS, p.17, 2012)

Inicia-se, então, a doutrina social da Igreja Católica, que teve grande importância na época e que influenciou os papas que o sucederam. A formação do moderno direito do trabalho sofreu grande influência da Primeira Guerra Mundial, pois as consequências sociais e econômicas da guerra fizeram com que os princípios sociais fossem vistos com uma maior relevância. Nesse momento a intervenção do Estado passa a ser de grande importância na defesa e garantia dos direitos sociais. Para Sussekind,

a ideia da internacionalização da legislação social-trabalhista surgiu na primeira metade do século XIX, quando se generalizou, em diversos países, a tese de que o Estado deveria intervir nas relações de trabalho a fim de assegurar um mínimo de direitos irrenunciáveis (Jus cogens) aos trabalhadores (2000, p.81).

A classe trabalhadora passa a exigir a garantia desses direitos, e o movimento trabalhista ganha força e corpo. O constitucionalismo social passa a existir nesse momento, ou seja, as constituições passam a ter em seu texto os Direitos sociais.

Para Silva Neto (2006, p. 41), os direitos sociais são “direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestação no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social”. Assim, eles se diferenciam dos direitos e garantias individuais, pois colocam o Estado como responsável pela garantia desses direitos, diferentemente dos direitos e garantias individuais em que o Estado não pode intervir.

A constitucionalização dos direitos sociais foi um grande passo para a garantia dos direitos do trabalho e para o Estado que passa a assegurar a igualdade social e também prioriza as questões econômicas, diminuindo as desigualdades sociais.

1.1.3 Pré-Revolução industrial

Para que se possam compreender as transformações no mundo do trabalho, será realizado um estudo sobre o período antes, durante e depois da Revolução Industrial, bem como, da Revolução industrial.

Serão analisados os povos primitivos¹¹ e as suas diversas formas de trabalho que são bem diferentes do que se encontra na atualidade. Uma das primeiras formas de

¹¹ O homem primitivo trabalhava para sobreviver, ou seja, o sentido da palavra trabalho, que se conhece hoje, não é a mesma para os homens primitivos. O sentido real do trabalho não consegue se desentranhar do homem, pois o homem vive do trabalho e é do trabalho que ele retira a sua sobrevivência, seja ele de

trabalho foi o trabalho escravo¹², em que o escravo era tido como objeto¹³ que possuía um dono, sendo assim de propriedade de outro homem. Por conta disso, não poder se falar

subsistência ou não. A história da evolução do homem e a forma de sua organização em sociedade muito têm a ver com as formas de trabalho desenvolvidas no homem primitivo. A expansão do homem por todos os continentes fez com que os eles buscassem uma forma de organização política que foi evoluindo de acordo com as necessidades deles. “Quem presta trabalho não entrega nenhum objeto patrimonial, senão que se dá a si próprio. O trabalho é o homem mesmo... O homem tem uma dignidade. Conseguir tal dignidade é a missão do Direito do Trabalho” (SINZHEIMER, 1984, p. 73). O homem primitivo desenvolveu a agricultura e a criação de gado de uma maneira bem rudimentar. A caça era uma de suas atividades que não percebia, mas estava trabalhando para sobreviver. Os utensílios e armas criadas nessa época também surgiram das necessidades de sobrevivência. Nessa mesma época havia os prisioneiros que eram capturados e transformados em escravos. Para Lessa e Tonet (2011), os homens da Era Primitiva eram verdadeiros pioneiros no modelo de organização social. Eles buscavam apenas sobreviver e com isso tinham pequenas plantações, criavam pequenos animais e conseguiam formar pequenos grupos para realizar o movimento migratório que era necessário na época, pois eram povos nômades. Nesse período, o trabalho do homem primitivo possuía apenas a perspectiva de que todos os que trabalhassem deveriam usufruir do produto colhido e por isso eles não necessitavam de nenhum tipo de controle para a realização do trabalho, pois eles se baseavam na tradição e nos costumes.

A evolução dessas organizações se deu à medida que o número de pessoas aumentava. Com isso, as complexidades dos grupos também aumentavam e assim eles começavam a desenvolver novas modalidades como a agricultura e a pecuária. Daí emergem as primeiras modalidades de sociedade, por meio da complexidade e da organização dos povos primitivos.

¹² Durante a análise desse percurso histórico, percebe-se que uma das primeiras maneiras de trabalho foi a escravidão, mesmo não sendo reconhecida com o mesmo significado de trabalho da modernidade. Nesse modelo, o escravo era uma propriedade de seu senhor e não possuía direitos trabalhistas como ocorre na contemporaneidade. Após o período da escravidão, surge a servidão, momento em que os senhores feudais eram obrigados a dividir parte do lucro com os donos da terra em troca de proteção.

Esta tese passará a analisar o período em que o ser humano era tratado como coisa, ou seja, a escravidão. Segundo Brunna Rafaely Lotifé Castro (2018), as primeiras relações de trabalho foram as advindas das guerras entre os povos da antiguidade. Nesse momento da história, os perdedores das guerras eram escravizados pelos vencedores. O trabalho escravo era caracterizado pela total submissão de um ser humano, não havia nenhum tipo de remuneração e muito menos jornada de trabalho. Nesse período, o vínculo de trabalho era coisificado, sendo o escravo propriedade do seu senhor. Para o autor Jorge Neto (2004, p. 3), a escravidão era considerada justa e necessária, aos escravos, e eles eram comparados a coisa não tendo nenhum tipo de personalidade jurídica.

¹³ [...] tal relação jurídica era pura e simplesmente a de domínio; o amo fazia seus o resultado do trabalho, em face da sua condição de proprietário ou dono do escravo, por força da qual era o próprio dono quem executava o trabalho. Juridicamente, o escravo se encontrava relegado à condição de coisa ou semovente, e, no sentido mais radical do termo, privado do controle sobre sua própria pessoa, incapaz, por certo, de relações jurídicas de domínio sobre qualquer objeto, inclusive sobre o resultado de seu trabalho (ALONSO OLEA 1984, p.70).

em direito do trabalho¹⁴ nessa época. Em seguida surge a servidão¹⁵. Os servos tinham que entregar parte de sua produção aos senhores feudais¹⁶ como forma de pagamento pelo uso da terra e garantir a sua segurança e de sua família.

¹⁴ O Brasil foi o último país da América Latina a abolir a escravidão. Os motivos que levavam o Brasil a demorar a sair da condição de um país escravocrata eram questões econômicas, poder político e prestígio social sem falar que os portugueses dependiam da exploração da mão-de-obra escravocrata para executar os diversos tipos de trabalho na lavoura e em casa. Os povos do Oriente Médio, o povo chinês e as civilizações Maia e Astecas nas Américas também exploravam os homens como relata Lessa e Tonet (2011, p. 53-54) “a classe dominante (a casta dominante na Índia, os mandarins na China etc.) se apropriava da riqueza produzida nas aldeias por meio de impostos, sempre recolhidos sob a ameaça do emprego da força militar.” Logo, o modo de produção asiática era bem parecido com o modelo escravocrata. Nessas circunstâncias, da legitimação da tomada da força de trabalho dos trabalhadores pela classe dominante, houve a criação do Estado e do Direito, complexos sociais próprios das sociedades de classe (LESSA; TONET, 2011) que teriam o condão de tentar exterminar com essa forma de trabalho. Fala-se em tentar, pois, em pleno ano de 2019 algumas fazendas ainda são flagradas utilizando-se de trabalhadores em situação análoga à escravidão. O Estado de Minas Gerais é o pioneiro em trabalho escravo sendo essas informações do Ministério Público de MG. Segundo dados do site: <https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/01/27/brasil-flagra-1054-escravizados-em-2019-mg-segue-a-frente-em-vitimas.htm>. Acessado em 27/01/2019 às 15:42. Nos últimos 12 anos, houve 1054 trabalhadores encontrados em situação de escravidão contemporânea em 2019; 1745, em 2018; 647, em 2017; 972, em 2016; 1205, em 2015; 1754, em 2014; 2808, em 2013; 2775, em 2012; 2496, em 2011; 2640, em 2010; 3765, em 2009; 5045, em 2008; 6025, em 2007... Mesmo com o código penal brasileiro em seu artigo 149 punindo esse tipo de crime, desde a década de 40, ainda existem muitos casos espalhados pelo país e que não se tem conhecimento por falta de fiscalização. A criação do Estado como uma forma de organização do poder político, e a instituição do Direito, apoiado pelas Leis e instrumentos punitivos, não foram suficientes, nesse primeiro momento, para erradicar a prática da servidão em muitas regiões do Brasil. Na verdade, o Estado e o Direito, capitaneados pela burguesia da época, cujos interesses econômicos ainda dependia de uma relação trabalhista extremamente precária, fez com que os donos do capital acumulassem mais riquezas, daí o sucesso da escravidão e da servidão nas primeiras décadas do século XX

¹⁵ A visão do trabalho como algo dignificante teve que enfrentar o desafio do regime jurídico e social da servidão. Segundo Ferrari (1998), a passagem da escravidão para a servidão foi um processo lento. Os trabalhadores (servos) estavam ligados ao senhor por questões hereditárias. Logo no início, o servo era percebido como coisa, mas no início da Idade Média foi reconhecida a sua personalidade jurídica, assim ele passa a desenvolver laços de dependência entre o colono e o dono da terra (Jorge Neto, 2004).

O trabalho servil não pode ser visto como um trabalho livre, era um trabalho produtivo. Dessa forma, os servos não tinham liberdade para trabalharem onde quisessem, não podiam eximir-se de suas obrigações com o senhor feudal. “A sociedade feudal consistia nessas três classes-sacerdotes, guerreiros e trabalhadores, sendo que o homem que trabalhava produzia para ambas as outras classes, eclesiástica e militar (HUBERMAN, 2017, p.03)”. Como se percebe, os trabalhadores, que laboravam para os senhores feudais, eram servos e tinham uma relação de semiescravidão, como bem preleciona Lessa e Tonet (2011, p.61): O trabalho no campo era realizado pelos servos. Estes, diferente dos escravos, eram proprietários das suas ferramentas e de uma parte da produção. A maior parte dela ficava com o senhor feudal, proprietário da terra e também líder militar, a quem cabia a responsabilidade da defesa do feudo. Ele não poderia vender a terra ou expulsar o servo; este, em contrapartida, não poderia abandonar o feudo. O servo estava ligado à terra e o senhor feudal, ao feudo. Vale lembrar que mesmo o servo tendo uma porção da terra para plantar, a prioridade da colheita era das terras do senhor. Com isso, pelo menos três vezes na semana eles deveriam trabalhar na terra do senhor como relata Huberman (2017, p.05) o camponês “teria vivido melhor não fora o fato de que, dois ou três dias por semana, tinha que trabalhar a terra do senhor, sem pagamento” eles trabalhavam em busca de proteção militar. Para Martins (2014), demorou mais de três séculos para a efetivação da transição para a servidão na Idade Média, em que os servos prestavam serviços para os senhores feudais a fim de que estes lhes garantissem proteção política e militar.

Como já relatado, o trabalho inicialmente era considerado uma fadiga, um castigo e, para os nobres da época, era assim que eles pensavam, ou seja, caberia aos servos o trabalho. Os servos realizavam todo o trabalho rural e entregavam a produção aos senhores, logo:[...] os servos ficavam com uma parte da produção e, assim sendo, interessava aos servos aumentá-la. Como resultado desse interesse, começaram

Em seguida surgem as Corporações de Ofício, que tinham como objetivo a regulamentação das técnicas de produção da cidade, bem como, de regular a capacidade reprodutiva dos artesãos. As corporações de ofício seriam uma forma dos trabalhadores do mesmo ramo terem mais força nas negociações.

1.1.3.1 Das corporações de ofício

As corporações de ofício medievais eram compostas por um grupo de pessoas que desenvolvia a mesma profissão e que obrigatoriamente tinha que se filiar para desenvolver a atividade, elas visavam o controle da concorrência e do mercado. Possuem origem nos *collegia* de Roma e nas *guildas* germânicas.

Nesse modelo, existiam três figuras centrais: os mestres, os aprendizes e os companheiros. Aqueles eram os mais experientes e estes eram uma espécie de empregado do mestre que percebia um salário já os aprendizes não recebiam nenhum salário e estavam ali para aprender o ofício. Quando o aprendiz aprendia a profissão, passava a ser companheiro e este passava a ser mestre se fosse admitido no exame de obra-mestra (BARROS, 2011).

As corporações buscavam regular as técnicas de produção das mercadorias e a capacidade produtiva dos artesãos, do mesmo modo que as associações de hoje buscam aumentar o poder de produção dos seus filiados. Mesmo com tantas vantagens diante dos modelos de trabalho anteriores, os mestres acabaram por se corromperem dificultando a chegada dos companheiros ao cargo de mestre e fazendo com que os aprendizes trabalhassem por horas e de forma degradante. O resultado foi a regulação do mercado

a desenvolver novas ferramentas, novas técnicas produtivas, novas formas de organização do trabalho coletivo, aprimoraram as sementes, melhoraram as técnicas de preservação do solo. Em poucos séculos a produção voltou a crescer e, graças à melhor alimentação, a população aumentou. Logo em seguida, o aumento da produção e da população provocou uma crise no sistema feudal. (LESSA; TONET, 2011 p. 62)

Com o crescimento da produção devido às novas ferramentas e às formas de produção desenvolvidas pelos servos, houve uma crise de superprodução e os senhores feudais começaram a demitir os servos, rompendo o pacto feudal. Os servos, sem terem como sobreviver, começaram a roubar os senhores e a negociar com outros servos, assim começa a nascer o comércio. “Em pouco mais de dois séculos, as rotas comerciais e as cidades renasceram e se desenvolveram em quase toda a Europa. Com o comércio e as cidades, surgiram duas novas classes sociais: os artesãos e os comerciantes, também chamados de burgueses (LESSA; TONET, 2011, p.63)”.

¹⁶ O sistema feudal começou a desaparecer devido às cruzadas e à epidemia já no final da Idade Média. Os servos eram alforriados ou acabavam por fugir. Com isso, o ser humano, até então escravizado, passa a ter a forma de ser livre e trabalhar por si mesmo, surgindo assim as corporações de ofício.

apenas para os mestres.

As corporações de ofício desapareceram na Inglaterra em 1753 e na Suíça em 1776. Elas foram totalmente suprimidas, em 1789, com a Revolução Francesa, pois - segundo Martins (2014) - eram incompatíveis com as ideias da liberdade do homem. Acreditava-se na época que o homem para ter liberdade não poderia ter intermediários, entre ele e o Estado. Logo, o trabalho livre era a comprovação da liberdade do indivíduo. Para Ferrari (1998), o trabalho garantiria o fator individual e social na busca de ideais idênticos para o homem.

Em seguida, emerge a burguesia cujo interesse era de mão de obra abundante e livre. Na verdade o que se percebeu com o fim das corporações foi o crescimento do trabalho degradante, pois as corporações serviam como uma forma de proteção para os trabalhadores. A ampla liberdade de contratação, sem nenhum tipo de norma para a proteção dos trabalhadores, fez com que as pessoas se submetessem a condições de trabalho degradante e subumana (JORGE NETO, 2004).

A Lei “Le Chapelier”, em 14 de junho de 1791, proclamou a liberdade de trabalho e com isso permitiu um grande crescimento da economia burguesa. Nas questões sociais, as consequências foram desastrosas. A sociedade começou a passar por muitas transformações sociais, culturais e econômicas e rapidamente a tão sonhada liberdade de trabalho foi percebida como algo que beneficiaria apenas os grandes proprietários.

1.1.4 Revolução industrial e Pós-Revolução industrial

Com o desenvolvimento das cidades, após a descoberta e a utilização das máquinas a vapor e o crescimento do comércio, inicia-se o processo de industrialização de forma muito rápida. Em meados dos séculos XVIII e XIX, surge na Inglaterra a Revolução Industrial. Esse movimento mudou significativamente as formas de trabalho que eram artesanais e agrícolas, passando a ser industrializadas. A partir desse momento nasce a relação de emprego e com ele a necessidade de um direito que o regule.

Com o início do movimento industrial, um novo modelo de forma de produção floresce, tendo como ideia base o livre acesso ao trabalho. A partir daí emerge a necessidade de um Direito do Trabalho. Para Jorge Neto (2004, p. 13), a Revolução Industrial é a razão econômica que leva ao surgimento do Direito do Trabalho. Além das

questões econômicas, as questões políticas e jurídicas justificariam a criação do direito do trabalho.

As questões políticas podem ser justificadas pelo modelo de Estado Liberal adotado, no qual, o próprio mercado poderia se manter sem a intervenção do Estado, ou seja, o ser humano tinha total autonomia de liberdade. Nesse modelo o papel do Estado era meramente subsidiário não podendo existir nenhuma forma de regulação do capital e do trabalho pelo Estado.

Para Martins (2014), o surgimento da Revolução Industrial se deu pela invenção da máquina a vapor como fonte de energia que substituía gradativamente a energia hidráulica. Ressalta Nascimento (2009) que a primeira máquina a vapor surgiu em 1775, em Soho, e que em 1800, na Inglaterra, era possível contar a quantidade de máquinas a vapor existentes. Eram elas 11 em Birmingham, 32 em Manchester e 20 em Ledes.

Com o avanço do maquinismo, outras máquinas foram sendo criadas, como por exemplo a lançadeira volante, a máquina de fiar, o tear mecânico (MARTINS, 2014). Todas essas invenções trouxeram grandes consequências para o mundo do trabalho, ou seja, havia muita produtividade e cada vez mais era menor a necessidade da mão de obra qualificada. Para Nascimento

[...] Antes da *flyng-shuttle* (lançadeira volante) os tecelões não podiam fabricar determinadas peças sem o concurso de dois ou mais colegas; a máquina de fiar permitiu que uma operação, feita antes por um homem com um torno, passasse a ser executada mais depressa e por uma série de fusos; a *mule-jeny* precipitou a decadência do *domestic system* – trabalho doméstico -, e o tear mecânico, não obstante a resistência dos teares manuais, também atraiu o homem para a fábrica (2009, p.11).

A Revolução Industrial também trouxe grandes consequências para a sociedade familiar, pois, com a utilização das máquinas, o trabalho poderia ser realizado por qualquer pessoa, inclusive mulheres e crianças (CHIARELLI, 2005). Assim, todos os membros da família teriam que trabalhar para garantir o mínimo de subsistência para a família. Além disso, o proletariado e a burguesia muitas vezes entravam em conflitos, e a figura do trabalho, que deveria representar segurança, passa a se demonstrar como degradante.

Para Nascimento:

[...] o maquinismo modificava as condições de emprego da mão de obra. Suas possibilidades técnicas davam ao empresário, não muito exigente quanto à qualidade dos assalariados, possibilidades de interromper essa aprendizagem, substituindo o trabalhador especializado por uma mão de obra não qualificada e o trabalho dos adultos pelo das mulheres e menores (2009, p.12).

Logo, as consequências da Revolução Industrial foram sendo percebidas e causando revoltas em boa parte da população. O trabalho excessivo, baixos salários, as péssimas condições de trabalho, a exploração do trabalho das mulheres e menores e a falta de regulação nas relações trabalhistas fez com que os trabalhadores reivindicassem Leis que os protegessem daquele sistema cruel e desmedido. Nesse cenário foram criadas as Leis que regulavam a jornada de trabalho, o trabalho das mulheres e dos menores e as que resguardavam as questões de higiene, saúde e segurança no trabalho entre outras.

A Revolução Industrial trouxe inovações imensuráveis que revolucionaram o mundo, por outro lado nas questões sociais foi um desastre. Relata Süsserkind que

A utilização cada vez maior da máquina, que poderia ter acarretado a diminuição das jornadas de trabalho e a elevação dos salários, como consequência do maior rendimento do trabalho produzido, teve, paradoxalmente, efeitos diametralmente opostos. Num retrocesso que afrontava a dignidade humana, a duração normal do trabalho totalizava, comumente, 16 horas diárias, o desemprego atingiu níveis alarmantes e o valor dos salários decresceu (2001, p.08).

Efeitos esses antes desconhecidos como o grande número de acidentes de trabalho, a substituição da mão de obra qualificada por trabalhadores não qualificados, inclusive mulheres e menores que se submetiam a salários mais baixos que os homens e laboravam por muitas horas consecutivas chegando até 16 horas de trabalho. Nesse cenário o que houve foi que

O emprego generalizado das mulheres e menores suplantou o trabalho dos homens, pois a máquina reduziu o esforço físico e tornou possível a utilização das “meias-forças dóceis”, não preparadas para reivindicar. Suportavam salários ínfimos, jornadas desumanas e condições de higiene degradantes, com graves riscos de acidente (BARROS, 2011, p. 51).

Nesse contexto degradante, surge o proletariado, ou seja, um trabalhador que não teve oportunidades intelectuais e que chega a laborar de 14 a 16 horas por dia. Ele vive em condições subumanas e normalmente tem uma prole enorme e trabalhar para sobreviver. Essas mudanças alteraram os núcleos urbanos, pois os pobres viviam

miseravelmente e começava a surgir a criminalidade, a prostituição, as doenças pela falta de higiene e conseqüentemente as mortes.

Apesar de o modelo adotado na época, o liberalismo, não permitir a intervenção do Estado, pois “pregava um Estado alheio à área econômica, que, quando muito, seria árbitro nas disputas sociais, consubstanciado na frase clássica *laissez faire, laissez passer, laissez aller*” (MARTINS, 2014, p 06). Tendo em vista as problemáticas sociais, foi necessário que o Estado legislasse para tentar resguardar o mínimo de dignidade para esses trabalhadores, portanto tentando diminuir a grande disparidade entre empregados e empregadores.

Assim, o Estado deveria intervir, pois as desigualdades e o trabalho degradante continuariam a persistir lesando a dignidade da pessoa humana. Nesse período a doutrina social da igreja ajudou muito para a mudança de cenário. A carta Encíclica *Rerum Novarum* de 1891 do Pontífice Leão XIII ajudou na ideia de que era necessária a intervenção do Estado nas relações trabalhistas. A igreja não defendia a concentração de riquezas nas mãos de poucas pessoas. Lógico que a ela estava atenta às mudanças do capital e do trabalho e tentava trazer soluções mais equitativas para ambos os lados.

A carta Encíclica *Rerum Novarum* defendeu também a união dos trabalhadores para pleitearem por melhores condições de trabalho e sugeriu a proibição da greve. Para Granizo e Rothvoss (apud DELGADO, 2017).

A fase de formação estende-se de 1802 a 1848, tendo seu momento inicial no *Peel's Act*, no início do século XIX na Inglaterra, que trata basicamente de normas protetivas de menores. A segunda fase (da intensificação) situa-se entre 1848 e 1890, tendo como marcos iniciais o *Manifesto Comunista* de 1848 e, na França, os resultados da Revolução de 1848, com a instauração da liberdade de associação e da criação do Ministério do Trabalho. A terceira fase (da consolidação) estende-se de 1890 a 1919. Seus marcos iniciais são a conferência de Berlim (1890), que reconheceu uma série de direitos trabalhistas, e a Encíclica Católica *Rerum Novarum* (1891), que também fez referência à necessidade de uma nova postura das classes dirigentes perante a chamada “questão social”. A quarta e última fase, da autonomia do Direito do Trabalho, tem início em 1919, estendendo-se às décadas posteriores do século XX. Suas fronteiras iniciais estariam marcadas pela criação da OIT (1919) e pelas constituições do México (1917) e da Alemanha (1919) (apud DELGADO, 2014, p. 94).

Assim, o direito do trabalho passa a defender o hipossuficiente nas relações trabalhistas em busca de uma sociedade mais justa e igualitária. O constitucionalismo social, que ocorreu logo após a Primeira Guerra Mundial, foi de grande importância para

a garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais. Com essa inserção nas constituições, os trabalhadores passam a ter os seus direitos protegidos constitucionalmente. A primeira constituição a falar sobre o constitucionalismo social foi a do México em 1917 e em seguida em 1919 a constituição de Weimar. Assim, o trabalho passa a ser a efetivação da justiça social.

As normas de proteção ao trabalho passam a possuir um sentido dignificante. O trabalho pode até ser individual, mas ele é social também. As constituições brasileiras passam a ter em seu conteúdo a proteção do trabalho nas constituições de 1937 e 1946. Após o Tratado de Versailles, que criou a Organização Internacional do Trabalho – OIT e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ordenamento jurídico brasileiro foi incorporando as normas de proteção aos trabalhadores que já eram resguardados no mundo.

Agora se passa a analisar um momento pós-revolução industrial que está intimamente ligado ao desenvolvimento tecnológico. Nesse sentido, Galbraith (2007) relata que a tecnologia seria a aplicação do conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas. A transição da fase industrial para a pós-industrial na área econômica se dá com a passagem da economia produtora de bens para uma economia de serviço. Desse modo, há também a necessidade de mão de obra qualificada e com conhecimentos teóricos inovadores e com capacidade de idealizar políticas para a sociedade.

Para Castells (2007), a teoria clássica da fase pós-industrial possui algumas premissas: a primeira é que a fonte de produtividade e crescimento está na geração de conhecimento que estão presentes em todas as esferas da atividade econômica, mediante o processamento dessas informações; o segundo é que a concentração em serviços na produção e no mercado de trabalho é cada vez maior à medida que avança a economia e terceiro a nova economia dá grande importância às profissões com conteúdo de informações e conhecimento.

Tais premissas não foram comprovadas empiricamente e, por isso, não devem ser admitidas sem um olhar crítico e muito menos unirem-se para criar o modelo de sociedade informacional. Assim, nesse cenário, o mundo do trabalho contemporâneo é privilegiado com a evolução tecnológica. A crise do petróleo de 1973 desencadeou uma série de tecnologias que vinham sendo desenvolvidas isoladamente. Passa-se, então, a unir automação, informatização e biotecnologia, e isso fez com que estruturas como o

taylorismo e o fordismo fossem progressivamente acabando, modelos esses que marcaram uma época industrial.

Assim, o que se percebe é que, antes do período pós-revolução, o desemprego ocorria pela recessão ou pelas superproduções, ou seja, excesso de produtos. No período pós-revolução industrial, o desemprego se torna estrutural e quanto mais tecnologia mais desempregos surgem, ou seja, muitos postos de trabalho deixam de existir. O desemprego se dá também pelos modelos de políticas públicas adotados pelos países ocidentais capitalistas que cada vez mais desvalorizam os postos de trabalho. Para Maurício Godinho Delgado (2017), o desemprego não é estrutural e sim conjuntural, pois é fruto de políticas públicas criadas para isso.

Na contemporaneidade, a disputa entre capitais não se resume ao preço e sim às inovações. O modelo aberto de mercado vem contra o modelo burocrático, e essa premissa abre espaço para a criação do modelo de Estado Neoliberal¹⁷, que não se preocupa com o bem-estar das pessoas e sim com a “eficiência gerencial” (ARAÚJO, 2003).

A revolução tecnológica e o desemprego estão criando uma forma de periferia que não está ligada ao espaço geográfico. A concentração de renda e a pobreza só aumentam em todo o mundo e com isso a intolerância, o racismo e a xenofobia acabam sendo uma realidade crescente na atualidade. Vale lembrar que o Brasil é uma das sociedades mais complexas do mundo e cheio de desigualdades sociais.

1.1.5 O trabalho no Brasil

A atividade econômica desenvolvida no Brasil-colônia era extrativista e utilizava a mão de obra indígena. Só a partir do século XVIII que houve uma tentativa de se iniciar uma atividade de indústria e comércio no Brasil. No entanto, em 1785, o “Alvará de Dona Maria” extinguiu todas as fábricas e manufaturas para que a mineração e a agricultura não fossem prejudicadas (CARVALHO, 2004). Apenas em 1808, com a chegada da família real ao Brasil, foi que, por meio do Alvará de 1º de abril de 1808, se

¹⁷ “As duas consequências mais graves das políticas de ajuste neoliberal em quase todos os países, mas sobretudo na América latina, foram: a ampliação das diferenças sociais e a quebra do aparato industrial. Estes efeitos negativos, gerados por governos neoliberais que em várias ocasiões chegaram ao poder com programas e plataformas políticas de orientação nem sempre neoliberal- são apresentados como resultado evidente do fracasso do próprio Estado. Isto é, o neoliberalismo fracassa e, quando o faz, as razões não são atribuídas ao próprio programa de ajuste, mas à aparente ausência do mercado e à onipresença do Estado. Os fracassos do neoliberalismo foram (e estão sendo) muito importantes. (SALAMA, 2012, p. 51)

restabeleceu a liberdade industrial no Brasil. Em 1810, começaram a funcionar as primeiras indústrias têxteis no Rio de Janeiro e na Bahia, e em Minas Gerais e São Paulo começaram a funcionar as siderúrgicas.

Enquanto a Europa era marcada pela Revolução Industrial no século XIX, o Brasil nessa mesma época ainda tinha a mão de obra escrava e o país era predominantemente agrário. Para Delgado, era:

Em um país de formação colonial, de economia essencialmente agrícola, com um sistema econômico construído da relação escravista de trabalho – como o Brasil até fins do século XIX –, não cabe pesquisar a existência desse novo ramo jurídico enquanto não consolidadas as premissas mínimas para a afirmação socioeconômica da categoria básica do ramo trabalhista, a relação de emprego. Se a existência do trabalho livre (juridicamente livre) é pressuposto histórico-material para o surgimento do trabalho subordinado (e, conseqüentemente, da relação empregatícia), não há que se falar em ramo jurídico normatizador da relação de emprego sem que o próprio pressuposto dessa relação seja estruturalmente permitido na sociedade enfocada. Desse modo, apenas a contar da extinção da escravidão (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil (2017, p. 106).

Com isso, não é possível afirmar que existia alguma relação jurídica trabalhista naquela época no Brasil. Alice Monteiro de Barros (2011) afirma que, em 1830, existiu uma lei que regulava a prestação de serviço de brasileiros e estrangeiros. Já em 1837, existiu uma normativa que regulava sobre a prestação de serviços dos colonos e previa como direito a justa causa de ambas as partes. E, em 1850, surge o Código Comercial, que previa o aviso prévio.

Só após 1888, com a Lei Áurea, que abolia a escravidão no Brasil e no ano seguinte, com a Proclamação da República, surge a necessidade de uma legislação trabalhista que se adequasse à nova realidade social e econômica do país.

Na esfera constitucional, a Carta Magna de 1824 se limitou a acabar com as corporações de ofício e assegurou a liberdade de trabalho baseada nos preceitos liberais, como demonstra o artigo 179, XXIV e XXV: “XXIV. Nenhum genero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, á segurança, e saude dos Cidadãos. XXV. Ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães e Mestres” (BRASIL, 1824).

Já na Constituição de 1891, houve o reconhecimento da liberdade de associação como demonstra o artigo 72, parágrafo 8º diz:

Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:

§ 8º A todos é licito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a policia senão para manter a ordem pública. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926\)](#) (BRASIL, 1891)

Nesse momento da história, o legislador brasileiro se deixou influenciado pelas transformações que ocorriam na Europa depois da segunda Guerra Mundial e também foi influenciado pela criação da Organização Internacional do Trabalho a OIT. Nesse período, devido ao fenômeno migratório no Brasil, ocorreram várias manifestações dos operários por melhores salários e condições de trabalho e com isso foram criadas diversas normas trabalhistas.

Já em 1930, Getúlio Vargas assume o poder após derrubar Washinton Luis e inicia uma nova política trabalhista no país. Vale lembrar que para Sussekind

os movimentos sociais no país foram descendentes, ao contrário de países como Inglaterra, França e México, que assistiram a movimentos ascendentes. Explicando a característica de tais movimentos, os autores indicam que os movimentos ascendentes se caracterizam pela sua coexistência com uma história social marcada pela luta de classes, com trabalhadores fortemente apoiados em suas organizações profissionais. Já os movimentos descendentes caracterizam-se pela inexistência de luta, pela falta de associações profissionais de representação expressiva, pelo caráter inorgânico dos grupos sociais e pela ausência de atividades econômicas que necessitem de massas proletárias densas (SUSSEKIND et al, 2005, p. 50).

É de grande importância compreender que o nascimento do Direito do Trabalho, no Brasil, nem de longe se compara com o nascimento na Europa. Não houve luta e muito menos derramamento de sangue aqui para a conquista dos direitos trabalhistas.

Com a política trabalhista de Getúlio Vargas, o Estado passa a ter maior aceitação com relação às intervenções do Estado, pois havia uma grande influência do modelo trabalhista corporativo da Itália. Para Delgado (2017), essa foi a fase de oficialização no Brasil dos direitos trabalhistas e é nesse momento da história que surge o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio pelo Decreto n. 19.433 de 1930. O Ministério, então recém-criado, passa a expedir várias regras sobre o direito laboral como a regulação do trabalho das mulheres, a duração de trabalho no comércio, a carteira de trabalho e a constituição da Justiça do Trabalho pelo Decreto-Lei n. 1237, de 01 de maio de 1939. Não se sabe ao certo qual era o propósito de Getúlio Vargas com a intensa

movimentação de legislações trabalhista, mas foi nesse período que a ordem jurídica trabalhista é reestruturada no Brasil e que se mantém até os dias atuais. Alguns autores alegam que a intenção de Vargas era conter os movimentos trabalhistas da época.

Em 1934, a Constituição brasileira traz inovações na área trabalhista, ou seja, traz em seu bojo a criação do salário mínimo, a garantia da isonomia salarial, a jornada de trabalho de oito horas, a pluralidade sindical (que efetivamente não ocorreu), a proteção ao trabalho das mulheres e das crianças, as férias anuais remuneradas e o repouso semanal. A Constituição de 1934 foi um marco na história do direito do trabalho, pois traz um capítulo tratando da ordem econômica e social (SÜSSEKIND, 2001).

A Constituição de 1934 em seu artigo 122 relata que:

Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Parágrafo único - A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido entre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual. (BRASIL, 1934)

Nesse artigo a Carta Magna garante que a Justiça do Trabalho deverá dirimir sobre os conflitos de empregados e empregadores e determina a constituição de tribunais e comissões de conciliações e a forma de constituição destes.

Nesse sentido, Sússekind (2001, p. 34) diz que:

A Constituição de 1934 procurou conciliar filosofias antagônicas emanadas das cartas Magnas de Weimar (social-democrata) e dos Estados Unidos da América (liberal-individualista), além de mesclar a representação política do voto direto com a escolhida pelas associações sindicais (representação corporativa). Foi-lhes, por isso, vaticinada vida efêmera, o que aconteceu.

Uma fase marcada pelo grande intervencionismo do Estado foi a da Constituição de 1937. Essa Constituição foi marcada pelo golpe de Estado dado por Getúlio Vargas com o apoio das forças armadas. Nesse mesmo período, foi instituído o sindicato único, ou seja, a unicidade sindical, que seria na verdade, um braço do Estado. Nessa mesma Carta Magna, foi instituída a contribuição obrigatória, bem como foi proibida a greve, pois era considerado um ato antissocial.

A história jurídica do direito do trabalho no Brasil, de acordo com Wilson Ramos Filho (2012), pode ser dividida em quatro etapas do direito capitalista no Brasil. A primeira etapa, que se dá de 1930-1945; a segunda etapa, que ocorre de 1946-1965; a terceira etapa, que vai de 1965-1988, e a quarta etapa que se inicia 1988.

Na primeira etapa (1930-1945) segundo Wilson Ramos Filho (2012, p.429):

... foi imposto o *silêncio aos vencidos*, para se construir a narrativa segundo a qual haveria um artificialismo no sistema de *relações de trabalho* imposto autoritariamente pelo governo Vargas nos anos iniciais da década de 1930, com a regulamentação da jornada de trabalho para inúmeras *categorias profissionais* (artificialismo de matriz corporativista que dividia a classe trabalhadora segundo a atividade econômica preponderante dos empregadores, em distintas entidades representativas “reconhecidas” pelo Estado), aprimorando os mecanismos de controle para manutenção e desenvolvimento das relações sociais capitalistas, segundo padrões *tayloristas* da organização científica do trabalho prestado em condições de subordinação, e *fordista*, no sentido de que apresentava contrapartidas pela adesão a determinado modo de vida.

Ainda assim, a classe trabalhadora continuou unida em busca de garantir em 1934 os direitos sociais trabalhistas e sindicais, mas não logrou êxito. Em 1937 é outorgada a carta Constitucional, que só fez preservar o projeto político de 1930. “Restringindo-se à democracia, a partir de 1937, foi possível a complementação da obra corporativa, com a operacionalização da Justiça do Trabalho e de diversos órgãos com a mesma composição tripartite” (RAMOS FILHO, 2012, p. 430).

A segunda etapa do Direito do trabalho no Brasil se deu a partir de 1946 até 1965 que:

Ao final da Segunda Guerra as relações entre as classes sociais nos países capitalistas oportunizaram o surgimento de três outros tipos principais de intervencionismo estatal capitalista: (i) surgiu na Europa continental, depois do término dos regimes implantados durante a ocupação nazista e do fascismo, um intervencionismo dedicado à construção de um “Estado provedor” fundado em um sistema de relações de trabalho que potencializava a representação coletiva dos trabalhadores e a negociação coletiva das condições de trabalho; (ii) adquiriu nos EUA contornos mais nítidos o intervencionismo bélico assistencial engendrado durante a década de 1930, profundamente marcado pelo “compromisso fordista” de melhoria constante e controlada das condições de vida da população para a construção de um mercado de consumo, pela repressão aos movimentos autônomos da classe trabalhadora e pela configuração do que veio a ser memorizado como o *american way of live*; e (iii) em muitos países situados na periferia capitalista serão redesenhadas as relações entre as classes sociais por intermédio da manutenção dos fundamentos do corporativismo e da introdução controlada de

novos elementos fordistas de justificação do modo de vida capitalista, como no Brasil. (RAMOS FILHO, 2012, p. 430-431).

Assim, na segunda etapa do Direito capitalista do Trabalho no Brasil, permaneceram as ideias corporativistas da segunda metade da década de 30, foi restringido o direito de greve e foi mantida a lei infraconstitucional que havia sido aprovada na ditadura da Era Vargas e foi instituído o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. “Estruturado finalmente como ramo autônomo, com instituições e jurisdição próprias, e específicas normas legais disciplinando as relações de trabalho, individuais e coletivas, essa segunda fase de desenvolvimento restou interrompida, em benefício da classe empregadora” (RAMOS FILHO, 2012, p. 431) e com isso, emerge a terceira etapa que vai de 1965 a 1988.

Na terceira etapa do Direito Capitalista do trabalho no Brasil, houve alguma resistência para a manutenção do intervencionismo estatal de 30 e teve também o Golpe de 1964. Para Wilson Ramos Filho (2012, p.431-432):

A resposta do empresariado brasileiro às críticas anticapitalistas do início dos anos 60 constituiu-se pela supressão dos direitos civis e políticos e pela restrição aos direitos sociais em três fases sequenciais. Na primeira fase, a ditadura envergonhada promoveu três grandes alterações paradigmáticas no modelo de relações laborais disciplinado pelo Direito Capitalista do Trabalho: (i) praticamente extinguiu a possibilidade de os trabalhadores alcançarem a estabilidade no emprego, com a criação do FGTS; (ii) restringiu drasticamente a possibilidade de os Tribunais Trabalhistas concederem ou ampliarem contrapartidas fordistas pela aceitação do direito a subordinar; (iii) fortaleceu os aspectos corporativistas do modelo anterior, por intermédio da restrição ao direito de greve, da intervenção nas diretorias dos sindicatos, nomeando pessoas de confiança no novo regime para geri-las, e da imposição da estagnação de conteúdos das leis e das normas coletivas de trabalho com a restrição ao poder normativo negocial.

Logo, nessa terceira etapa, o que se pode perceber é um verdadeiro descompasso com relação à legitimação de novos direitos sociais, que ocorriam na Europa, pois na América Latina a prioridade era a restituição dos direitos políticos e civis e assim emerge a quarta etapa do direito capitalista no Brasil, com a Carta Magna de 1988, que traz um novo marco institucional em que não há a intervenção do Estado.

Na quarta fase¹⁸, uma das mais importantes para o direito sindical brasileiro, a CF/88 passa a não mais admitir a intervenção do Estado nos sindicatos, bem como, busca garantir a liberdade sindical, ou seja, ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado, não cabendo a intervenção do Estado na criação dos sindicatos, desde que seja respeitada a unicidade sindical. Também na Carta Magna de 1988 é afastada a ideia cooperativista adotada nas constituições anteriores, ressaltando a questão da manutenção da unicidade sindical, que ainda continuam seguindo os modelos corporativistas.

Dentro desse contexto histórico, a evolução do constitucionalismo social nas constituições brasileiras que não ocorreu de forma concomitante à criação das constituições. Para Silva Neto (2006), a Constituição de 1824 trouxe fortes conceitos liberais, já a Constituição de 1891 não trouxe nenhum avanço. Apenas a reforma de 1926, com a inserção do artigo 34, que garantia ao Congresso Nacional legislar sobre os direitos sociais, foi que apresentou algum progresso. Para o mesmo autor, a Constituição de 1934 é uma das mais importantes, pois passa a garantir direitos sociais à família, à saúde e à educação, passando a ampliar os direitos sociais constitucionais, um passo de grande importância para o Brasil. Já a Constituição de 1937 não trouxe regressos para os direitos sociais. A Carta Magna de 1946 ficou marcada pelo pluralismo no que diz respeito à Assembleia Constituinte e à valorização do trabalho humano. A Constituição de 1967, apesar de ser instituída em um momento de golpe militar, não deixou de garantir os direitos sociais. Já em 1969, os direitos sociais foram subordinados aos direitos econômicos.

Assim, emerge a Constituição Cidadã de 1988, que representou um grande avanço aos direitos sociais. A Carta Magna de 1988 foi, sem dúvida, a Constituição brasileira que mais primou expressamente pelos direitos sociais e dos trabalhadores. Ela igualou os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, bem como entre empregados e trabalhadores avulsos. Apesar de garantir os direitos sociais, é preciso relatar que a Constituição de 1988 não se referiu aos trabalhadores autônomos e, em sua redação originária, a justiça do trabalho só garantia a competência para julgar e processar as relações trabalhistas entre trabalhadores e empregadores. Em seu artigo 114, não possibilitava a ampliação da competência da Justiça do Trabalho a não ser que por força da Lei infraconstitucional. A emenda 45 promoveu uma mudança significativa na

¹⁸ Há autores como o Wilson Ramos Filho que em seu livro “Direito capitalista do trabalho” defende a ideia de que fase que corresponde a CF/88 pode ser dividida em diversas fases, pois foram muitas as alterações sofridas pelo direito do trabalho após a promulgação da CF/88.

competência da Justiça do Trabalho com o intuito de acompanhar as necessidades do mundo do trabalho contemporâneo e não apenas das relações de emprego. Essa mudança foi fruto de uma mobilização das instituições trabalhistas. A maior mudança foi no art. 114, I, que trata das relações de trabalho e não apenas de emprego, vejamos:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da Lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. (BRASIL, 1988)

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

II as ações que envolvam exercício do direito de greve; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da Lei. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

§ 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. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#) (BRASIL,1988).

Essas alterações trouxeram um resgate histórico na Constituição Federal, pois abarca as mudanças do mundo do trabalho quando consegue abranger não só as relações de emprego, mas todas as relações de trabalho. Depois da emenda 45, várias foram as tentativas de acabar com a justiça do trabalho e transferir a competência das ações para a Justiça Federal. Ressalta-se que a Constituição Federal de 1988 é a norma existente no país, até agora, que mais protege e garante os direitos sociais dos trabalhadores brasileiros.

1.2 O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO/SINDICAL NA HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA E OS PRINCÍPIOS QUE PERMEIAM O DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

1.2.1 O direito sindical na história

O Direito Sindical é a expressão das necessidades humanas em se associarem, com o intuito de formar grupos em busca de proteger seus interesses, sejam eles individuais ou coletivo. Os primeiros modelos de associações se encontram na antiguidade em locais como o Egito, a China e a Índia, que tiveram organizações de artesões, patrões, barqueiros e agricultores (ROZICKI, 1998). Vale lembrar que o conceito utilizado para associação nesse período não é o mesmo para os dias atuais (RUSSOMANO, 1995).

Segundo Bortolotto (2001), anos depois na cidade de Roma, foram criados os colégios de artesão, e as divisões de trabalho ocorriam de acordo com os afazeres de cada um. Esse modelo perseverou até meados de 214 a.c. Para o mesmo autor, mesmo que os colégios de artesões não se constituíssem com as mesmas características dos movimentos sindicais, até porque esses colégios surgiram pela imposição de uma autoridade e não pela união das pessoas, esse modelo serviu para que posteriormente os trabalhadores pudessem refletir coletivamente sobre as suas necessidades.

Assim, anos se passaram e emerge a urbanização da Europa, bem como o fim do sistema feudal. A criação dos mercados e o sistema de trocas ganham força e, com isso,

surtem as corporações de ofício, que não podem ser consideradas como sindicatos, mas sim uma forma de tentar organizar a produção artesanal.

Para Russomano (1995, p.15), não há que se confundir com os conceitos de corporação e sindicato, já que

as corporações representam a organização de classes, segundo critério unilateral, dispostas essas classes em planos sucessivos e em níveis hierárquicos ascendentes (do aprendiz ao mestre). O sindicalismo, ao contrário, é um movimento bilateral, que parte do confronto entre trabalhadores e empresários e, por isso, os coloca, frente a frente, em sindicatos distintos e opostos, em evidente paralelismo, mas sobre o mesmo plano.

A criação das corporações de ofício se deu com a reunião de trabalhadores com o intuito de capacitá-los para o desenvolvimento de uma profissão. Só que cada vez mais os mestres dificultavam a vida dos aprendizes, impediam, assim, a abertura de novas oficinas, fazendo o que conhecemos, hoje, como reserva de mercado. Isso acabou por gerar revolta nos aprendizes e auxiliares dos mestres e muitos decidiram sair das suas respectivas corporações de ofício e tiveram que arcar com as consequências dessa decisão. Assim, nasce a necessidade de luta e união dos trabalhadores para reivindicarem o direito ao livre exercício da profissão. (MARTINEZ, 2014). Nesse mesmo sentido, Sússekind et al. (2005, p.1102) asseveram:

[...] aumentando seu número, os trabalhadores isolados sentiram a necessidade de se unir e surgiram na França as *Associations Compagnonniques* e, na Alemanha, as *Gesellenverbänden*. Adotando certos hábitos de corporações seu sentido era, entretanto, a luta e defesa; sua arma era, apenas, a “exclusão”. O trabalhador que não pertencia à associação não conseguia encontrar trabalho porque os companheiros não lhe davam ajuda, recusavam-lhe a palavra e o desprezavam publicamente.

A Revolução Francesa extinguiu as corporações de ofício, já que eram incompatíveis com os ideais liberais que surgiam na época. Como relata Nascimento:

O direito individualista da Revolução Francesa se opõe à coalizão trabalhista e, nesse ponto, deixou um vazio nas organizações sociais e em sua ação coletiva. Com isso, separaram-se as primeiras uniões e os seus membros. Esse divórcio prejudicou o instinto de associação. (2009, p. 1186)

A derrocada do absolutismo e o fim da Idade Média fez com que toda a força de trabalho se concentrasse nas indústrias, Assim, houve o aumento das mercadorias, o que

acabou por gerar o grande crescimento na economia de mercado e do Capitalismo, o que desembocou no que conhecemos como burguesia e proletariado. Duas classes com interesses divergentes que passam a coexistir. Segundo Rozicki (1988, p.40):

O desenvolvimento da indústria, depois da invenção das máquinas, acompanhado do exagero da liberdade individual e do despreparo legislativo para encarar as novas realidades, criou para os trabalhadores uma situação favorável à sua organização em associações, caixas de socorro e clubes. Estas organizações, a princípio clandestinas, deram início a formas reivindicatórias dos direitos sociais e econômicos e da liberdade de associação em resposta às condições de trabalho impostas unilateralmente pelo patronato e no esforço de alcançar a dignidade humana com a efetivação da ideia de igualdade proclamada pela doutrina liberalista.

Assim, as péssimas condições de trabalho e os baixos salários fizeram com que os trabalhadores passassem a se reunir clandestinamente a fim de tentar encontrar uma solução para o trabalho degradante que se encontravam. Como relata Rozicki, a legislação da época era insuficiente para atender aos anseios dos obreiros. Contudo, percebe-se que a Revolução Industrial foi o ponto inicial para o surgimento do direito sindical. Assim, a Inglaterra é o berço das primeiras organizações sindicais, pois é o local onde ficou mais clara a separação das corporações de ofícios e os sindicatos.

Logo, o movimento industrial intenso faz surgir, no final do século XIX e início do século XX, o sindicalismo industrial em vários países europeus. Começam a ser injetados, nas indústrias, profissionais sem qualificação ou preparação alguma para ser operário e essa é a primeira classe que dá início ao movimento sindical no mundo (BORTOLOTTI, 2001).

A implantação do movimento sindical na Europa foi marcada por muitos conflitos, ocorrendo de forma diferente em cada região. Mesmo que as greves fossem consideradas ilegais em quase toda a Europa, o sindicalismo não se curvou conforme diz Süsskind (2001, p.1103):

[...] proibidas as coalizões na Inglaterra em 1799, “porque era medida absolutamente necessária para prevenir as exigências ruinosas dos operários que, se não fossem reprimidas, destruiriam completamente a indústria, as manufaturas, o comércio e a agricultura da nação”, meio século depois as *trade-unions* reuniam meio milhão de membros. E o mesmo sucederia na França; proibidas as coalizações, em 1791, pela Lei Chapelier, e restauradas em 1884, pela Lei Waldeck-Rousseau, já em 1886 se realizava em Dijon o primeiro Congresso Nacional de Sindicatos Operários.

O fato é que os movimentos sindicais só foram reconhecidos pelo Estado quando, de fato, já estavam constituídos. Segundo Bortolotto (2001), essas organizações tinham um propósito inicial, que foram sendo modificadas, passando a ser sinônimo de força, o qual incubia na sociedade os sentimentos de aspirações das classes organizadas, atraindo a atenção do Estado.

Ainda merece destaque, nesse estudo histórico, o olhar internacional que esses movimentos operários passaram a ter. Em 1864, foi estabelecida a AIT, a Associação Internacional dos Trabalhadores, que era presidida por Karl Max. Essa associação possuía um discurso socialista em defesa dos sindicatos, em busca de uma nova ordem social que seria o domínio político do proletariado. A AIT ficou conhecida por ser a primeira associação socialista ou simplesmente Internacional (SOUTO MAIOR, 2011).

Para Santos (2003), a Internacional seria responsável por unir os trabalhadores tanto internacional quanto regional. A AIT ainda viria a ter a segunda Internacional Socialista em 1889 e a terceira Lenista em 1914. A AIT colaborou com os movimentos operários apoiando as greves e a sociedade. Afirma Souto Maior que

Foi assim que uma onda de greves e agitação trabalhista varreu o continente, atingindo até a Espanha e a Rússia: em 1870 houve greves em São Petesburgo. As greves atingiram a Alemanha e a França em 1868, a Bélgica em 1869 (conservando sua força por alguns anos), a Áustria-Hungria logo depois, chegando finalmente à Itália em 1871 (onde alcançou seu ponto culminante em 1872-1874) e à Espanha no mesmo ano. Nesse período (1871-1873) a onda de greves estava no seu ponto máximo na Inglaterra. (2011, p.187)

Logo, o Estado passa a perceber que, quanto mais repressão, mais os movimentos sindicais ganhavam força e, paulatinamente, foram sendo aceitos pelo Estado e por toda a sociedade. A voz dos trabalhadores passa a ser a voz dos sindicatos e o movimento passa a ser reconhecido mundialmente.

Já no Brasil, o movimento sindical estava longe de se tornar uma realidade, tendo em vista que, enquanto na Europa ocorriam vários avanços nos direitos trabalhistas, no Brasil a relação de trabalho era escravocrata, longe de se tratar sobre direito sindical. Só existiam normas esparsas, como já tratadas, anteriormente, nesta tese.

A história sindical brasileira iniciou-se com a vinda dos trabalhadores europeus para o território brasileiro. Nessa época a economia brasileira estava fragilizada, pois

havia sido abolida a escravidão e surgido o trabalho assalariado, mas com poucos direitos. Assim, surge a necessidade dos trabalhadores em organizarem-se em busca de conquistar seus direitos.

Em 1906, houve o I Congresso Operário no Brasil, em que foram tomadas algumas decisões que superavam as questões sindicais, como relata Rezende (1990, p.37 apud GOETTERT, 2014):

Eleições diretas em todos os postos eletivos pelo sufrágio universal; determinação de um salário mínimo; jornada de oito horas diárias; proibição do trabalho de crianças e de menores de doze anos; apropriação dos meios de produção por partes dos trabalhadores e trabalhadoras, única forma de libertação da classe operária.

A classe operária era formada também por imigrantes que sonhavam com a liberdade e os direitos trabalhistas e com uma vida mais digna. Em 1930, na era Vargas, foi criado o Ministério do Trabalho e Emprego e com ele algumas normas em que o MTE participava de algumas assembleias sindicais. Nessa época, os sindicatos eram tidos como um braço do Estado. Em 1937, com a Constituição do Estado Novo, passa a existir a unicidade sindical, a proibição das greves e a contribuição compulsória. Ainda no governo Vargas, emerge a CLT, como já falado anteriormente. O golpe militar de 64 dificultou muito os movimentos sindicais e sociais, pois houve a proibição das manifestações populares. Os militares passam a proibir qualquer forma de organização por parte de grupo de trabalhadores, mesmo assim ainda houve algumas manifestações em que trabalhadores isoladamente conseguiam a paralização de algumas fábricas. A união desses trabalhadores teve como ponto de apoio a UNE - União Nacional dos Estudantes, criada em 1937, que mobilizou a sua força política a favor dos trabalhadores brasileiros. A UNE bem como os trabalhadores buscavam a redemocratização do país que enfrentava uma grande crise com os trabalhadores rurais, pois estes exigiam uma reforma agrária.

Esse momento crítico da história brasileira se acentuou com o AI-5 (Ato Institucional nº5) de 1968, que criava um governo extremamente autoritário e excluía o Estado de Direito no Brasil. Assim, todos aqueles que pensassem diferente dos militares passaram a ser punidos com perseguições, tortura, prisões, entre outros. Com tudo isso, a população não se calou e continuou lutando mesmo que timidamente por seus direitos e melhores condições de vida, bem como, pela garantia dos direitos humanos e em busca

da redemocratização do país. Por isso, “fala-se hoje, abertamente, que os trabalhadores e trabalhadoras são a espinha dorsal do movimento democrático brasileiro, porque sem eles qualquer “abertura” ou “liberalização” apenas reconstruiria o círculo vicioso da crise do regime autoritário Moisés (1982, p. 31 apud GOETTERT, 2014).

Muita luta ainda estava por acontecer. O país estava economicamente péssimo e a luta das classes sociais não cessava. Emergem em 28 de agosto de 1983, a Central Única dos Trabalhadores (CUT) e em 10 de fevereiro de 1980, o Partido dos Trabalhadores (PT), trazendo uma nova forma de sindicalismo para o Brasil. Tanto a CUT como o PT buscavam o crescimento dos sindicatos, das políticas sociais e econômicas e tinham ideias de uma sociedade mais justa e igualitária, em busca de liberdade e justiça para todos. Assim, desempenharam um importante papel nas Diretas Já¹⁹.

Apenas com a Constituição Federal de 1988, foi que os sindicatos passaram a possuir uma maior autonomia tendo a sua natureza como pessoa jurídica de direito privado e possuindo, até um certo ponto, liberdade. Liberdade de associação de filiação e não intervenção.

Agora serão analisados os princípios que permeiam o direito coletivo do Trabalho com o intuito de que se perceba qual o princípio está se ferindo a partir do cancelamento da súmula 277 do TST com a aprovação da Lei 13.467/2017.

1.2.2 Princípios aplicáveis ao Direito Coletivo do Trabalho

É de grande importância social e política o Direito Coletivo do Trabalho. Nesse sentido, ele se torna “um complexo de institutos, princípios e regras jurídicas capazes de regular as relações de trabalho entre empregados e empregadores além de outros grupos jurídicos especificados” (RAMOS, 2019, p. 46). O Direito coletivo tem categorias processuais, teóricas e principiológicas. Para o Direito coletivo do trabalho, um princípio jurídico “possui três funções básicas: ser capaz de nortear a produção legislativa e iluminar o caminho do legislador; de orientar a interpretação, integração e aplicação do Direito e de estabelecer regras de conduta (princípio-regra)” (RAMOS, 2019, p. 48).

¹⁹ Sobre esse período, veja-se o sugestivo estudo de: SOARES. Moisés Alves. Contrarreformismo fraco e hegemonia da pequena política na regulação das relações trabalhistas durante o período petista, in: Classes sociais e (des)regulação do trabalho no Brasil atual. Wilson Ramos Filho, Aldacy Rachid Coutinho e Rubens Bordião Neto (orgs.). Bauru: canal 6, 2014.

Percebe-se que o direito coletivo do trabalho é um ramo da ciência jurídica que possui autonomia, visto que ele possui princípios próprios. Para Maurício Godinho Delgado:

O Direito Coletivo do Trabalho, enquanto segmento jurídico especializado, constitui um todo unitário, um sistema, composto de princípios, categorias e regras organicamente integradas entre si. Sua unidade - como em qualquer sistema - sela-se em função de um elemento básico, sem o qual seria impensável a existência do próprio sistema. Neste ramo jurídico a categoria básica centra-se na noção de ser coletivo, presente em qualquer dos pólos da relação jurídica nuclear deste direito. Ser coletivo empresarial (com ou sem representação pelo respectivo sindicato) e ser coletivo obreiro, mediante as organizações coletivas da classe trabalhadora - especialmente os sindicatos. (2017, p. 80-81)

Os princípios do direito do trabalho são de grande importância para que este ramo seja considerado um ramo da ciência jurídica. Assim, esses princípios são divididos em três grupos, ou seja, o grupo dos princípios assecuratórios, que garantem que o ser coletivo deverá agir em grupo, com liberdade associativa e autonomia sindical. O segundo grupo trata-se dos princípios que regem as relações dos seres coletivos, ou seja, os trabalhadores e os empregadores. Nesse grupo se tem o princípio da interveniência sindical, o da equivalência dos contratantes e o da lealdade e transparência nas negociações coletivas. E, finalmente, o grupo três, que representa as normas produzidas pelos contratantes coletivos e as normas heterônomas tradicionais, nesse grupo estão os princípios da criatividade jurídica na negociação coletiva e o da adequação setorial negociada.

Dois princípios que serão trabalhados nesta tese não constam no rol agrupado acima, mas merecem destaque nos princípios do direito coletivo do trabalho, são eles: o Princípio da prevalência do negociado sobre o legislado e Princípio da vedação do retrocesso social.

O negociado sobre o legislado é um princípio que se firmou com o advento da Lei 13.467/17 e o da vedação ao retrocesso é utilizado no direito do trabalho para garantir que as conquistas sociais não sofram retrocessos. Assim, o trabalho passará a analisar cada princípio citado acima.

1.2.2.1 Princípio da liberdade associativa e sindical

O princípio da Liberdade associativa e sindical pertence ao primeiro grupo mencionado no tópico anterior e tem a função de assegurar a existência do ser coletivo,

ou seja, garante a formação e o fortalecimento das organizações sindicais dos trabalhadores. Não está associado à formação do ser coletivo empresarial, pois este já é presumidamente um ser coletivo, ou seja, para que haja uma negociação com o ramo empresarial, não necessariamente será preciso de um sindicato: a empresa poderá negociar diretamente com o sindicato dos trabalhadores.

Este princípio tem como pano de fundo a liberdade e pode se desdobrar em liberdade associativa e liberdade sindical, que é garantida na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 8º, V, que diz: “Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato” (BRASIL, 1988) e também respaldado no art. 5º, XX da CF/88 que diz: “XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado” (BRASIL, 1988). Esse princípio é sempre muito debatido na doutrina brasileira no que diz respeito à liberdade sindical, já que a Carta Magna de 1988 garante o sistema de unicidade sindical para o Brasil. Além disso, não ratificou a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT que trata da liberdade sindical.

É interessante se discutir o conceito de liberdade e a Lei para John Locke, que diz:

O objetivo da Lei não consiste em abolir ou restringir, mas em preservar e ampliar a liberdade. Como em todos os estados de seres criados capazes de Lei, onde não a Lei, não há liberdade. A liberdade tem de ser livre de restrição e de violência de terceiros, o que não se pode dar se não há Lei; mas a liberdade não é como nos dizem: licença para qualquer um fazer o que bem lhe apraz – porquanto, quem estaria livre, se o capricho de qualquer outra pessoa pudesse dominá-lo? (1991, 238, § 57)

Locke fala sobre a liberdade e a Lei e explana sobre a grande importância da liberdade de associação, ou seja, a liberdade de filiar-se e desfiliar-se quando bem quiser, bem como, a liberdade de fundação de sindicato seja ele patronal ou não, contanto que tenha previsão legal. A liberdade associativa é de grande importância para o direito do trabalho quando se leva em consideração a hipossuficiência do trabalhador. Logo, quando há a união desses trabalhadores, há a possibilidade de conquista de direitos.

Com relação ao princípio da liberdade sindical Oliveira (1997) diz que:

o princípio da liberdade sindical engloba: o direito livre constituição de sindicatos, sem autorização prévia do Estado; liberdade de estabelecer os próprios estatutos; impossibilidade de as organizações sindicais serem dissolvidas ou suspensas por via administrativa; o direito de constituir federações e confederações, podendo tanto as entidades de 1º e 2º grau, filiarem-se a organizações internacionais (OLIVEIRA, 1997, p.7).

Além disso, Olga Oliveira (1997) relembra que, nos trinta anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1978, a Assembleia Geral das Nações Unidas escolheu as Convenções e as Recomendações que deveriam ter status de Direitos Humanos, e a Convenção 87 da OIT foi uma das selecionadas. Desde então, a Convenção 87 da OIT passa a ser considerada como uma Convenção que trata de Direitos Humanos.

O princípio analisado se divide em individual e coletivo. Ele é individual quando trata da possibilidade de filiação e desfiliação por parte de qualquer pessoa e coletivo quando se refere à fundação dos sindicatos por parte dos trabalhadores bem como das empresas.

O Brasil repele qualquer tipo de cláusula que garanta a contratação apenas de filiados ou que contrate apenas quem não é filiado, pois fere o princípio da liberdade sindical. Como diz Godinho (2019, p. 1558):

Há sistemáticas de incentivos à sindicalização (apelidadas de cláusulas de segurança sindical ou de sindicalização forçada) que são controvertidas no que tange à sua compatibilidade com o princípio da liberdade sindical. Trata-se, por exemplo, das cláusulas negociais coletivas denominadas closed shop, union shop, preferencial shop e, por fim, maintenance of membership.

Também são proibidas no Brasil as práticas antissindicais conhecidas como *yellow dog contracts*, *das company unions* e, ainda, da prática *mise à l'index*. São práticas que desestimulariam a sindicalização.

A Constituição Federal de 1988 garante aos trabalhadores que estes sejam dirigentes sindicais com algumas garantias para a sua atuação, com estabilidade, frente ao sindicato, há também a impossibilidade de transferência desse trabalhador para outro local, a não ser que seja solicitado por ele. A súmula 369 do Tribunal Superior do Trabalho trata dessas garantias, bem como o artigo 543 da CLT, senão vejamos:

1.1 Súmula nº 369 do TST

DIRIGENTE SINDICAL. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item I alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - É assegurada a estabilidade provisória ao empregado dirigente sindical, ainda que a comunicação do registro da candidatura ou da eleição e da posse

seja realizada fora do prazo previsto no art. 543, § 5º, da CLT, desde que a ciência ao empregador, por qualquer meio, ocorra na vigência do contrato de trabalho.

II - O art. 522 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3.º, da CLT a sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III - O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente.

IV - Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade.

V - O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da Consolidação das Leis do Trabalho. (BRASIL, 2020)

Logo, os dirigentes sindicais, que serão no mínimo três e no máximo sete com igual número de suplentes, têm a proteção da legislação brasileira.

Assim, o princípio da liberdade associativa e sindical trata da liberdade de fundação dos sindicatos, bem como da filiação dos membros das categorias sendo de grande importância para o ramo da ciência jurídica do direito do trabalho e para os obreiros brasileiros.

1.2.2.2 Princípio da autonomia privada coletiva

O princípio da autonomia privada coletiva também se encontra no primeiro grupo de princípios. Ele garante a não intervenção do Estado no direito coletivo e a criação de verdadeiras fontes formais do direito. Daí a sua grande relevância, tendo em vista o seu poder de criar normas através das negociações coletivas, ou seja, por meio de acordo e convenções coletivas.

Para Delgado:

Tal princípio 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 (2017, p.1561-1562).

Com a Carta Magna de 1988, o princípio da autonomia coletiva ganhou grande força, pois o poder do Estado resta afastado do controle político administrativo dos sindicatos no que diz respeito à fundação e à gestão destes. A CF/88 garantiu as

prerrogativas de atuação sindical nas esferas administrativas e judiciais, bem como nas negociações coletivas, assegurou o direito de greve e garantiu aos sindicatos o controle econômico-financeiro.

O princípio analisado sofreu historicamente serias restrições na história política e jurídica brasileira. Antes de 1930, esse princípio sofreu com a falta de reconhecimento do direito do trabalho como ciência jurídica, a concepção pregada na época era liberal, individualista. Assim, não havia espaço para o ser coletivo e muito menos para os movimentos sociais. Só a partir de 1930 que se instalou no Brasil a estrutura sindical que estava vinculada ao poder do Estado, copiando, assim, o modelo de Mussolini na Itália. Nesse cenário, a coexistência de autonomia sindical com o modelo adotado, à época, era impensável. Havia forte intervenção do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, tanto na fundação dos sindicatos, bem como no seu funcionamento. Com o fim da ditadura de 1930-1945, o princípio estava na nova constituição de 1946, no entanto efetivamente não ocorria, pois o modelo era corporativista, e os sindicatos não possuíam autonomia.

Em 1964, com o regime militar, o movimento sindical sofreu grandes repressões, com as intervenções do Estado e perseguições àqueles que pertenciam aos sindicatos. Como dito nesta tese, somente a partir da Constituição Federal de 1988 é que o princípio da autonomia sindical passa a fazer parte, realmente, da ordem jurídica brasileira. No entanto, a CF/88 guardou em seu texto resquícios corporativistas, pois manteve em seu artigo 8º, II o sistema monista, ou seja, manteve a unicidade sindical só permitindo a criação de um único sindicato na mesma base territorial que não pode ser inferior a área de um município. Além disso, manteve a intervenção do Estado na análise da unicidade sindical que é feita pelo Ministério do Trabalho. A CF/88 manteve também a forma de custeio confederativo, ou seja, segundo o Supremo Tribunal Federal – STF, todos os filiados deverão contribuir com a confederação. Assim, a Carta Magna de 1988 faz o caminho inverso das demais democracias sedimentadas como a da França, Alemanha e Itália. É justo que se coloque aqui que as emendas 24 e 45 da CF/88 corrigiram alguns problemas no direito do trabalho pátrio, corrigindo alguns problemas sérios.

Vale lembrar que a Lei 13.467/17 trouxe grandes mudanças para o direito sindical em especial na forma de custeio destes, pois a contribuição compulsória que era devida por todos, correspondente a um dia de trabalho do ano, deixou de ser obrigatória e passou a ser facultativa. Interessante que não houve alteração nos efeitos das Convenções e Acordos coletivos de trabalho, eles continuam com efeito erga omnes e

não inter partes que seria a forma mais justa de como essa reforma poderia ter tratado o tema da contribuição compulsória.

1.2.2.3 Princípio da interveniência sindical

O princípio da Interveniência sindical pertence ao segundo grupo dos princípios do direito coletivo do trabalho brasileiro. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 8º, III e VI, trata desse princípio quando diz:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
III – ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;
VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Esse princípio garante que, em toda a negociação coletiva, os sindicatos dos trabalhadores participem, ou seja, o acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho só será válido se nele participar o sindicato dos trabalhadores, caso contrário será nulo. Para Delgado (2017, p.1565):

Assumido, expressamente, pela Constituição de 1988 (art. 8º, III e VI, CF/88), o princípio visa a assegurar a existência de efetiva equivalência entre os sujeitos contrapostos, evitando a negociação informal do empregador com grupos coletivos obreiros estruturados apenas de modo episódico, eventual, sem a força de uma institucionalização democrática como a propiciada pelo sindicato (com garantias especiais de emprego, transparência negocial, etc.).

Logo, no direito sindical brasileiro, não há negociação direta com o empregador. A Lei 13.467/2017 traz uma novidade no que diz respeito a esse tema, ou seja, traz a figura do hiperssuficiente segundo o artigo 444 e o artigo 507-A da CLT, que tratam respectivamente:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo 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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

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. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Assim, o trabalhador hiperssuficiente poderá celebrar acordo individual diretamente com o empregador, contanto que ele tenha os requisitos exigidos pela Lei.

Na fala de Delgado, é mister destacar que a atual jurisprudência vem decidindo que, caso o sindicato, as federações e confederações não realizem as negociações, poderiam os trabalhadores realizar a negociação até o final. Vejamos:

Registre-se, não obstante, a presença na jurisprudência de significativo entendimento no sentido de restringir o princípio mencionado. Em situações excepcionais, em que o sindicato apresente inconsistente recusa a participar da negociação coletiva trabalhista, há decisões compreendendo aplicável a regra excetiva do art. 617, § 1º, da CLT. Em quadro de omissão ou recusa do sindicato no tocante à pactuação de certo Acordo Coletivo de Trabalho, seguido de idêntica conduta omissiva ou denegatória pela respectiva federação ou confederação, este preceito consolidado permite que os interessados prossigam "... diretamente na negociação coletiva, até final" (§ 1º do art. 617 da CLT). (DELGADO, 2017, p.1566)

Assim, os mesmos limites impostos à negociação coletiva teriam que ser acatados nessa negociação direta.

1.2.2.4 Princípio da equivalência contratual

Esse princípio também faz parte do rol do segundo grupo de princípios e trata da equivalência entre os contratantes na negociação coletiva, ou seja, estes devem ter o mesmo regramento sociojurídico e o mesmo poder de negociação. No plano coletivo, o sindicato dos trabalhadores deve estar em pé de igualdade com o sindicato das empresas.

Segundo Delgado (2017), essa equivalência se dá por dois motivos, a natureza e os processos característicos aos seres coletivos. Com relação à natureza ambas as partes negociantes possuem natureza coletiva, ou seja, são seres coletivos. Como já dito anteriormente, a empresa já é um ser coletivo, e os trabalhadores têm a sua representação

de coletividade nos sindicatos. Assim, essa representação dos sindicatos dos obreiros deve ser real, sólida e consistente para que seja, efetivamente, um ser coletivo.

A sustentação de tal princípio se dá quando dois seres coletivos possuem instrumentos para pleitear uma negociação. Os trabalhadores podem fazer greve, alguns possuem estabilidade, podem pressionar a sociedade civil e o Estado.

É bem verdade que, no caso brasileiro, mais de 25 anos após a Constituição de 1988, ainda não se completou a transição para um Direito Coletivo pleno, equânime e eficaz — assecuratório de real equivalência entre os contratantes coletivos trabalhistas. É que, embora a nova Constituição tenha afirmado, pela primeira vez desde a década de 1930, de modo transparente, alguns dos princípios fundamentais do Direito Coletivo no País, ela não foi seguida, ainda, de uma Carta de Direitos Sindicais, que produza a adequação da legislação sindical (em particular, o Título V da CLT) às necessidades da real democratização desse subsistema da sociedade civil, com o amplo fortalecimento e representatividade das entidades sindicais e, por consequência, sua melhor equivalência de poder no contexto da negociação coletiva trabalhista. (DELGADO, 2017, p. 1568)

Existem quatro aspectos a ser analisados que comprometem a efetivação do Princípio da equivalência contratual. Em primeiro lugar, vêm as decisões jurisprudenciais tomadas pelo TST e STF para definir o enquadramento da entidade sindical, que é escolhido pela sua especificidade e não da agregação da categoria. Isso faz com que os sindicatos brasileiros sejam cada vez mais fracos e fragmentados. Assim, corroborando com o pensamento de Delgado,

não há como se falar na efetividade do princípio da equivalência entre os contratantes coletivos se a realidade do sindicalismo no País é formada por entidades sindicais extremamente frágeis, pequenas, modestas. Ora, conforme já se mencionou neste Curso, entidade sindical frágil e sem representatividade consiste na antítese da ideia de sindicato e de ente integrante do sindicalismo, dificilmente sendo apta a realmente desfrutar da natureza de ser coletivo obreiro e de cumprir o princípio cardinal da equivalência entre os seres coletivos trabalhistas. (DELGADO, 2017, p. 1569)

O segundo aspecto que prejudica o princípio da equivalência contratual é o número de dirigentes que podem ter estabilidade. Se forem levados em consideração os grandes sindicatos, aqueles que possuem uma grande abrangência, o número máximo de 7 (sete), com igual número de suplentes, não seria suficiente para garantir a equivalência em uma negociação. Esse número poderia ser estabelecido pelos estatutos do próprio

sindicato e assim seria levado em consideração o que a Constituição Federal de 1988 pretendeu (DELGADO, 2017).

O terceiro aspecto seria a falta de representação sindical dentro das empresas. A CF/88 tem previsão para que as empresas com mais de 200 funcionários possuam uma representação na empresa, bem como a Lei 13.467/17, que acrescentou o artigo 510, de A a D, à CLT, garantindo essa representação apenas para as grandes empresas.

O quarto e último aspecto, de grande relevância para esta tese, dificulta a efetivação do princípio, pois defende a falta de ultratividade nos acordos e convenções coletivas, alteração feita pela Lei 13.467/17, em seu artigo 614, parágrafo 3º, que diz:

Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade. (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

Assim, a impossibilidade da ultratividade traz uma grande disparidade entre os trabalhadores e empregadores, pois ficará a critério da empresa negociar ou não. Desse modo, tudo conquistado em acordo ou convenção pode restar perdido. Na verdade, o que ocorre com a falta da ultratividade é a supressão de vários direitos conquistados pela esfera coletiva dos trabalhadores.

Diante desses quatro aspectos negativos, com relação ao princípio analisado, fica muito difícil garantir que na legislação brasileira exista o princípio da equivalência contratual.

1.2.2.5 Princípio da lealdade e transparência

O princípio da boa fé e transparência também pertence ao segundo grupo de princípios analisados e está vinculado ao princípio da equivalência, pois seria uma ferramenta para efetivação de tal princípio. A lealdade e a transparência nas negociações

coletivas são essenciais para garantir o processo democrático das negociações que irão fazer fonte formal do direito.

O princípio analisado garante que toda negociação coletiva deve ser leal e transparente aos anseios das partes convenientes, pois não tratam apenas de mera negociação coletiva, mas de uma negociação com efeitos erga omnes para toda a categoria que está participando da negociação.

Segundo Delgado (2017, p. 1572):

A lisura na conduta negocial atinge qualquer das duas partes coletivas envolvidas. Não se pode aqui, regra geral, invocar o princípio tutelar (próprio ao Direito Individual) para negar validade a certo dispositivo ou diploma anteriormente celebrado na negociação coletiva — as partes são teoricamente equivalentes (ao contrário do que ocorre no ramo trabalhista individual). Em derivação ao princípio da lealdade e boa-fé na negociação coletiva (outra denominação do princípio) não seria válida a greve em período de vigência de diploma coletivo negociado, em vista da pacificação traduzida por esse próprio diploma. É claro que uma mudança substantiva nas condições fáticas vivenciadas pela categoria poderia trazer a seu alcance a exceção da cláusula rebus sic stantibus. Acresça-se que o descumprimento reiterado ou, ainda que tópicos, mas relevante, dos dispositivos convencionais pelo empregador reabre aos trabalhadores a prerrogativa da greve. Fundamenta isto a lógica própria ao Direito (“exceção do contrato não cumprido”), a natureza e objetivos da greve, a par do texto explícito da Lei n. 7.783/89 (art. 14, parágrafo único, I)

Assim, é de grande importância, para a efetivação dos princípios trabalhistas, que em toda a negociação se tenha boa-fé e transparência. Além disso, a negociação deverá ocorrer com decisões que sejam razoáveis para ambas as partes, como relata Martinez (2014, p.748)

Nos instantes de contratação (de produção dos instrumentos negociados) os sujeitos coletivos devem deduzir pretensões razoáveis, com moderação, observando o real estado das coisas e as verdadeiras necessidades de cada um. Devem eles mutuamente formular e responder a propostas e contrapropostas, prestar informações necessárias à negociação e preservar o correspondente sigilo.

Os convenientes devem ter a clareza de que não estão celebrando meras cláusulas e normas que deverão prevalecer por prazo determinado para todos os trabalhadores que pertencem àquela categoria. Logo, é preciso ter muita cautela na negociação para que se possa garantir um verdadeiro momento democrático na esfera sindical brasileira.

Relata Delgado (2017, p. 1572)

É evidente que a responsabilidade social de se produzirem normas (e não meras cláusulas) conduz à necessidade de clareza quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. Não se trata aqui de singela pactuação de negócio jurídico entre indivíduos, onde a privacidade prepondera; trata-se de negócio jurídico coletivo, no exercício da chamada autonomia privada coletiva, dirigida a produzir universos normativos regentes de importantes comunidades humanas. A transparência aqui exigida é, sem dúvida, maior do que a que cerca negócios jurídicos estritamente individuais.

Corroborando com o autor, entende-se que a transparência exigida nas negociações coletivas é totalmente diferente da exigida nas negociações individuais, pois aqui se trata de ser coletivo e, por isso, de grande relevância social.

1.2.2.6 Princípio da criatividade jurídica nas negociações coletivas

Agora, o princípio analisado pertence ao terceiro grupo estudado que trata de normas coletivas negociadas e normas estatais. Ou seja, trata das normas jurídicas criadas em negociações coletivas, por meio de acordos e convenções coletivas, que surtirão efeitos no universo jurídico e na sociedade. Esses princípios, que são o da criatividade jurídica nas negociações coletivas e o da adequação setorial negocial, irão por meio das negociações coletivas criar verdadeiras normas jurídicas.

O princípio da criatividade jurídica da negociação coletiva traduz a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar *norma jurídica* (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal. Tal princípio, na verdade, consubstancia a própria justificativa de existência do Direito Coletivo do Trabalho.

A criação de normas jurídicas pelos atores coletivos componentes de uma dada comunidade econômico-profissional realiza o princípio democrático de descentralização política e de avanço da autogestão social pelas comunidades localizadas. A antítese ao Direito Coletivo é a inibição absoluta ao processo negocial coletivo e à autonormatização social, conforme foi tão característico ao modelo de normatização subordinada estatal que prevaleceu nas experiências corporativistas e fascistas europeias da primeira metade do século XX (DELGADO, 2017, p. 1573).

Historicamente no Brasil, há uma tendência de desvalorização do direito coletivo, especialmente no que se refere à liberdade sindical. Apenas com a Carta Magna de 1988 foi que essa situação passou a ser convertida, pois os artigos art. 7º, VI e XIII; art. 8º, I, III, VI; art. 9º garantem ao direito sindical maior autonomia. A norma jurídica é diferente de cláusula contratual ou obrigacional. A norma jurídica é fonte formal do direito e as cláusulas compõem um contrato, ou seja, as normas não aderem permanentemente ao contrato coletivo podendo ser revogada, e as cláusulas irão aderir com efeito adesivo aos contratos. As normas têm o poder de suprimir as cláusulas do contrato coletivo e as normas anteriores, e o contrário não poderá ocorrer.

Assim, o princípio da criatividade jurídica nas negociações coletivas é de grande importância, em especial após a Lei 13.467/17, que autoriza a criação dessas normas tanto para ampliar direitos, mas também para reduzir direitos, ficando assim o próximo princípio a ser analisado prejudicado no mundo justralhista.

1.2.2.7 Princípio da adequação setorial negociada

Esse é um princípio relativamente novo no Direito do Trabalho brasileiro e encontra respaldo a partir do doutrinador Maurício Godinho Delgado, pois só a partir da Constituição de 1988 é que surgiram alguns problemas que puderam ser enfrentados por esse princípio. O princípio da adequação setorial negociada trata das possíveis alterações nas negociações coletivas, mas trata também de cuidar dos limites dessas negociações, que podem ser, segundo o mesmo autor, os seguintes critérios (DELGADO, 2017, p. 1388):

- a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável;
- b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidades apenas relativa (e não indisponibilidade absoluta)

Pensando no que o autor nos traz, pode-se perceber que, no primeiro caso, se as normas acordadas em negociação coletiva ocorrerem para beneficiar os trabalhadores, implementando direitos individuais previstos na legislação, ou seja, se elas emergirem para dar um “plus” nos direitos já resguardados, não haveria o que se discutir, pois nem mesmo afrontaria o princípio da indisponibilidade de direitos. Como exemplo, tem-se o

art.7º, da CF/88, XVI, que diz: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XVI – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”. Deixando claro que, nas negociações coletivas, as horas extras podem sim ser discutidas, mas nunca poderá ser pleiteada a possibilidade de redução dessas horas para menos que cinquenta por cento. Essas horas extras poderão ser de 100% (cem por cento), 70% (setenta por cento), desde que venha para beneficiar o trabalhador e nunca para suprimir direitos já conquistados.

Alguns autores chamam esse fenômeno de patamar civilizatório mínimo, no qual direitos adquiridos devem permanecer preservados. Já na segunda hipótese, as normas coletivas só poderiam negociar ou transacionar direitos de indisponibilidade relativa e nunca de indisponibilidade absoluta. Como exemplo, podem-se citar os incisos VI, XIII e XIV, art. 7º, da CF/88 que tratam, respectivamente, da irredutibilidade salarial, que também pode ser transacionada por convenção ou acordo coletivo de trabalho; da compensação e redução de jornada mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho e dos turnos ininterruptos de revezamento que devem ter a jornada de seis horas, salvo negociação coletiva.

O princípio da adequação setorial trabalha a possibilidade de se transacionar direitos e nunca de renúncia de direitos.

Deve-se perceber que os direitos transacionados só poderão ser discutidos em negociação, se esses direitos forem de indisponibilidade relativa e não absoluta. São exemplos de direitos de indisponibilidade absoluta, a anotação na CTPS, o pagamento do salário mínimo e as normas de segurança e saúde no trabalho sob pena de ferirem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se que, estando o direito assegurado tanto na Constituição como nas Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificadas, esse direito prevalecerá, não podendo ser suprimido ou restrito por negociação coletiva, exceto quando a própria norma autorizar.

A grande problemática desse princípio se encontra com a reforma trabalhista, ou seja, com a Lei.13.467/17, que não considera como norma de segurança e saúde, por exemplo, o intervalo intrajornada e duração do trabalho. Como relata o artigo 611-B “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.”

Também chama a atenção o art. 611-A, que diz: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a Lei quando, entre outros, dispuserem sobre:” a palavra entre outros faz com que esse artigo seja um rol exemplificativo, cabendo alteração em tudo da CLT só não podendo ferir a Constituição. Com isso, como garantir o patamar mínimo civilizatório? Como garantir o princípio pró-operário ou como proibir a vedação ao retrocesso social quando for prejudicar o trabalhador? Essa tese se propõe a analisar esses e outros questionamentos e encontrar uma teoria que possa garantir direitos mínimos civilizatórios para os trabalhadores e também garantir a permanência dos princípios constitucionais e trabalhistas.

1.2.2.8 Princípio da prevalência do negociado sobre o legislado

O princípio que será analisado trata das recentes alterações trazidas pela Lei 13.467/17, que coloca o negociado sobre o legislado. Ou seja, a norma que prevalecerá será a coletiva mesmo que contrarie norma heterônoma (CLT). Será feita uma análise detalhada desse princípio.

Os altos índices de desemprego e o momento de recessão no Brasil na primeira década do século XXI fizeram surgir teses de que reformas seriam necessárias urgentemente para fazer frente a uma economia estagnada, que gerava um número crescente de desempregados no país. Entre as reformas necessárias para estimular o crescimento da economia estaria a reforma trabalhista, pois para os defensores desta tese as duras normas trabalhistas brasileira dificultavam a competitividade das empresas frente ao mercado nacional e internacional e o conseqüente crescimento econômico do país. Esse discurso tem o intuito de tentar convencer que essas reformas seriam benéficas para os trabalhadores, gerando emprego, renda e formalização nas contratações trabalhistas. Assim, com esse discurso, em 2017, o Congresso Nacional aprovou a “reforma trabalhista” que pode ser chamada de (de)forma trabalhista diante de seus resultados. Esta reforma trouxe a precarização das relações trabalhistas causando um grande impacto nos direitos sociais conquistados pelos trabalhadores ao longo de anos.

Uma das alterações diz respeito ao princípio analisado, que é a prevalência do negociado sobre o legislado com a inserção do art. 611-A na CLT. Assim, os acordos coletivos e as convenções coletivas prevalecerão sobre o legislado. A prevalência do negociado sobre o legislado já existia, a diferença agora é que as mudanças nas normas

coletivas tinham que beneficiar os trabalhadores. O artigo 7º da Constituição Federal garante aos trabalhadores urbanos e rurais seus direitos sociais e consagra o princípio da vedação ao retrocesso social, garantindo assim que as mudanças que ocorram nos contratos coletivos sejam sempre para melhorar a condição social dos trabalhadores. Segundo Bezerra Leite: “Tanto isso é verdade que o legislador constituinte somente permitiu, de forma excepcional, a flexibilização *in pejus*, mediante convenção ou acordo coletivo, em duas hipóteses bem definidas: salário e jornada (2016, p.10)”. Dessa forma, qualquer norma infraconstitucional que reduzir direitos fere a Carta Magna, pois apenas é permitida a flexibilização *in pejus*. Corroborando Martins (2016) que o negociado prevalece sobre o legislado nos casos previstos pela CF/1988 no artigo 7º incisos VI, XIII, XIV e XXVI. Tal artigo prevê a redução de salários por convenção ou acordo coletivo, prevê a redução e a compensação de jornada por acordo ou convenção coletiva, prevê, ainda, aumento da jornada e turnos ininterruptos de revezamento para mais de seis horas e, por fim, prevê o reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos.

Entre o Tribunal Superior do Trabalho – TST e o Supremo Tribunal Federal – STF, há divergências de decisões. O TST defende que o negociado só deverá prevalecer sobre o legislado quando garantir o patamar mínimo civilizatório e ampliar direitos e nunca poderia reduzi-los. Já o STF acredita que deverá prevalecer o negociado sobre o legislado mesmo que reduza direitos, pois, para o STF, o direito coletivo possui o princípio de equivalência entre os contratantes, fazendo com que o negociado prevaleça sobre o legislado. Os posicionamentos do STF em relação a essa questão fizeram coro com as ideias dos defensores da tese de que o negociado prevalece sobre o legislado, criando as condições teóricas para a aprovação da Lei. 13.467/17.

Como já foi relatado antes da Lei 13.467/17, o negociado prevalecia sobre o legislado, mas – para garantir patamares superiores aos estabelecidos em Lei, o que era muito benéfico para os trabalhadores. Assim, com a reforma trabalhista, houve a inserção do art. 611-A, que altera o entendimento do TST e permite a redução de direitos sociais dos trabalhadores, ferindo o princípio da vedação ao retrocesso social. O artigo 611-A traz um rol exemplificativo, ou seja, tudo que está nele poderá ser negociável bem como o que não está. A única observação é respeitar o artigo 611 – B, que traz um rol exemplificativo sobre o que não pode ser negociado.

Logo, na legislação trabalhista brasileira, o negociado se sobrepõe ao legislado, mesmo que para precarizar e reduzir direitos. A ADI 6363, que ataca pontos da MP 936/2020, vai além, pois permite que a negociação ocorra com o empregado sem a

participação dos sindicatos em períodos de crise, o que fere frontalmente o art. 7º , VI, XIII e XXVI, e 8º, III e VI, da CF/88, e com isso o que se percebe é o negociado prevalecer sobre o acordo individual. Diz o artigo aludido:

Art. 7º São **direitos** dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**:

[...]

VI – **irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;**

[...]

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;**

[...]

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

[...]

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

III – **ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria**, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

[...]

VI - **é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;**

É obvio que o legislador constituinte estabeleceu limites à autonomia coletiva privada, quando se tratar de alterações prejudiciais aos trabalhadores, por isso, essas alterações só poderiam ocorrer por meio de negociação coletiva, como retrata a CF/88. Mesmo levando em consideração o estado de calamidade pública, reconhecido pelo decreto nº 6 de 20 de março de 2020, ou da emergência de saúde pública (covid-19) reconhecida pela Lei nº 13.979/2020, ainda assim, não se poderia tranpor tais barreiras constitucionais, pois a suspensão de garantias constitucionais só seriam possíveis se fosse decretado o estado de sítio, o que não é o caso.

1.2.2.9 Princípio da vedação ao retrocesso social

Esse princípio visa impedir que os direitos sociais conquistados na Constituição Federal de 1988 sofram retrocessos. Ele representa a expressa proibição da redução de direitos dos cidadãos brasileiros. Contentino (2018) entende que o princípio da vedação ao retrocesso seria um direito constitucional de resistência com o intuito de não permitir que alterações feitas pelo legislador não possam vir a retirar ou reduzir direitos sociais.

Será analisado esse princípio do direito do trabalho, pois ele tem a sua origem nas questões sociais e visa proteger não só os trabalhadores que historicamente são hipossuficientes nas relações trabalhistas, mas também os seus familiares, que dele dependem para subsistir. Então, o direito do trabalho protege a alimentação, a saúde, o salário, ou seja, a dignidade da pessoa humana. Assim, a Carta Magna de 1988 elencou, em seu artigo 7º, um rol exemplificativo dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, que são considerados direitos sociais e deixa claro que garante esses direitos além de outros que visem melhorar as condições sociais dos trabalhadores. Essa proteção dada ao artigo 7º encontra amparo no princípio da vedação ao retrocesso. Logo, não poderá existir legislação que venha a retirar ou reduzir direitos sociais conquistados ou qualquer direito social garantido pela CF/88.

Contrariando o princípio da vedação ao retrocesso social, emerge o artigo 611-B da Lei 13.467/17, que defende a livre iniciativa em detrimento dos valores sociais do trabalho. A reforma trabalhista traz alarmante precarização das relações trabalhistas, mas o parágrafo único do art. 611-B traz um enorme retrocesso quando diz: “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” sendo que pelo princípio da adequação setorial negociada essas regras seriam de indisponibilidade absoluta, logo não podendo ser negociadas em acordos e convenções coletivas.

Com o olhar para o princípio da vedação ao retrocesso que busca garantir um patamar mínimo civilizatório para os direitos trabalhistas e a efetivação dos direitos sociais, chega-se à conclusão de que o parágrafo único, do artigo 611-B, deveria ser considerado inconstitucional, pois fere o art. 7º, XXII, que prevê a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. Assim, ficando explícito um verdadeiro retrocesso social.

Outro ponto relevante diz respeito aos acordos e convenções coletivas que, pela Lei 13.467/17, passam a ter a sua vigência limitada ao prazo de no máximo dois anos, não se admitindo a ultratividade. O questionamento que, aqui, se faz é se os direitos negociados e, muitas vezes, conquistados há anos restarão perdidos e haveria novamente um retrocesso das conquistas sociais.

Nesse contexto, faz-se necessária a análise do que seria o patamar mínimo civilizatório para o direito do trabalho no Brasil. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 616)

no caso do direito ao trabalho é possível identificar a forte conexão com outros direitos fundamentais, reforçando a tese de interdependência e indivisibilidade dos direitos fundamentais. Exemplo digno de nota é o que pode ser vislumbrado no art. 7º, IV, da CF, **de acordo com o qual deve ser assegurado ao trabalhador salário “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”**. Isso significa que o salário percebido pelo trabalhador, aqui estabelecido um patamar mínimo, deve ser suficiente para assegurar condições mínimas de bem-estar ao trabalhador e sua família, de modo a garantir o acesso aos bens sociais descritos no dispositivo citado acima. O vínculo direto com o direito-garantia ao mínimo existencial resulta evidente, assim como não se pode desprezar o quanto a garantia da possibilidade de trabalhar, e com isso assegurar seu próprio sustento e dos seus dependentes, constitui dimensão relevante para um direito ao livre desenvolvimento da personalidade e da própria noção de autonomia, do ser humano construtor de seu próprio destino. Não é toa que o direito ao trabalho e a proteção do trabalhador estão entre as pautas de reivindicação mais antigas da sociedade e, no campo da definição dos catálogos constitucionais de direitos (e do sistema internacional), já que podem ser encontrados quando da fase inicial de constitucionalismo e ao longo do século XIX, ainda mais a partir da difusão da ideologia socialista, da organização do movimento operário, entre tantos outros fatores, até a sua consagração durante o século XX.

Assim, o patamar mínimo civilizatório seria, de acordo com a CF/88, o pagamento de um salário digno, que pudesse garantir ao trabalhador condições mínimas de bem-estar, garantindo saúde, alimento, educação, lazer, moradia, higiene, transporte e previdência social. Logo, o que se espera é que os trabalhadores possam ter os seus direitos resguardados por meio da carteira de trabalho assinada e também por meio de ACT e CCT, que poderão resguardar o patamar mínimo para esses obreiros. Quando se fala, nessa tese, dos trabalhadores que deverão ter o patamar mínimo civilizatório, está a defender-se esse direito para os hipossuficientes e não para os hipersuficientes, que podem muito bem pagar a sua própria previdência, por exemplo. Aqui se está tratando dos trabalhadores, que percebem valores quase que insuficientes para a sua própria sobrevivência e de sua família.

Para Maurício Godinho Delgado (2012, p.1400)

No caso brasileiro, esse patamar civilizatório mínimo está dado essencialmente, por três grupos de normas trabalhistas heterônomas: **as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, §2º, CF/88, já expressando uma patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos**

relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes à base salarial mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc).

Para o autor supracitado, o patamar mínimo civilizatório dos direitos trabalhistas pode ser observado por três tipos de normas heterônomas, quais sejam: a CF/88, as normas internacionais, que vigoram no país, e as leis infraconstitucionais. O problema é que hoje no Brasil as leis infraconstitucionais, como a CLT, não garantem esses patamares mínimos, pois autorizam a precarização do trabalho e com isso é preciso considerar que as normas autônomas do direito do trabalho, como os ACTs e as CCTs, podem ser consideradas como normas que devem garantir o patamar mínimo civilizatório.

2. A INTEGRALIZAÇÃO DOS DIREITOS NEGOCIADOS COLETIVAMENTE E SEU PODER NORMATIVO

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO PODER NORMATIVO NO DIREITO DO TRABALHO

Ao analisar o Poder Normativo da Justiça do Trabalho no Brasil, estudar-se-á a sua origem, que se deu paralelamente à criação da Justiça do Trabalho, com o surgimento das primeiras Leis trabalhistas e a criação dos sindicatos.

Antes de analisar o surgimento do Poder Normativo da Justiça do Trabalho no Brasil, foi na Itália, no período do regime fascista, que emergiu a função normativa na seara trabalhista. Assim, quando surgiam os conflitos trabalhistas, caberia à justiça do trabalho solucionar. A greve e o lockout eram proibidos. A Carta Del Lavoro de 1927 seria o paradigma para a criação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, ou seja, ela atribuía aos magistrados da Justiça do Trabalho o poder de regular os conflitos e a possibilidade de fixar condições tanto para os empregados como para os empregadores.

Em 1889, após a abolição da escravatura, inicia-se no Brasil, mesmo que lentamente, um processo de urbanização. As primeiras indústrias começam a surgir no início do século XX paralelamente ao pensamento liberal. Como já relatado nesta pesquisa, nesse período não havia a intervenção do Estado, pois se priorizavam as relações de trabalho como livres em defesa da liberdade defendida na época.

Assim, em um modelo liberal, os direitos sociais dificilmente seriam garantidos. Os trabalhadores realizavam os seus trabalhos de forma desumana em péssimas condições de trabalho, sem segurança, com péssimos salários, e as crianças e mulheres trabalhavam exaustivamente.

Em 1903, surgem os primeiros sindicatos rurais, pois a cafeicultura era muito forte no país e sofria grande influência por parte dos imigrantes que possuíam grandes influências diplomáticas que fiscalizavam os fazendeiros para que não cometessem abusos.

Para Sussekind (2004), na primeira república brasileira, a política do Estado era marcada pelo liberalismo e pelo individualismo que garantiam aos trabalhadores o livre exercício a qualquer profissão. Para ele, com o surgimento das indústrias, surgem os primeiros sindicatos urbanos reconhecidos pelo Estado em 1907. A influência dos anarquistas que vieram da Itália e da Espanha era muito forte na classe operária, e esses

criaram as Uniões operárias e, a partir daí, emergem os primeiros movimentos sindicais.

O sindicato era considerado um braço do Estado, logo exercia apenas funções que eram dadas pelo Estado. Assim, as reivindicações pela garantia dos direitos sociais dificilmente eram concretizadas. O modelo liberal da época gerou grande miséria para os trabalhadores, o que visivelmente feria a dignidade dessas pessoas.

Os movimentos sindicais foram intensificando-se com o passar dos anos, e o Estado teve que intervir criando uma legislação que pudesse equilibrar as relações econômicas e sociais daquele momento.

Pereira (2003) relata que, em 1919, o Brasil começa a fazer parte da Organização Internacional do Trabalho-OIT e, com isso, signatário do Tratado de Versalhes. Assim, o Brasil elabora as primeiras normas de proteção aos trabalhadores como: o direito às férias anuais remuneradas, a responsabilização das empresas pelos acidentes de trabalho, o direito à estabilidade decenal entre outros. Mas é com o início do Estado Novo, até o final de 1945, que a intervenção do Estado se torna intensa nas relações sociais e prementemente positivista. A intervenção forte do Estado tinha como objetivo a proteção dos trabalhadores e buscava uma relação harmônica entre os empregados e os empregadores. Para Melo (2002), o regime fascista era contra a luta de classes e primava pela colaboração da sociedade, pois assim poderia garantir a produção. Assim, o governo necessitou criar maneiras de soluções de conflitos e, em 1932, por meio do decreto nº 21.396, foram criadas as comissões mistas de conciliação para tentar solucionar os conflitos por meio da arbitragem facultativa.

O Ministério do Trabalho foi criado em 1930 e essas juntas de conciliação e julgamento estavam vinculadas ao Ministério do Trabalho, que passou a regular, por meio de Decretos Legislativos, as relações de trabalho individuais e coletivas.

Para Silva (2005), as relações coletivas de trabalho eram verdadeiras manifestações das lutas de classe, e, nesse período, o Estado tentava evitar essas lutas, pois necessitavam da colaboração dos grupos e temiam que essas lutas de classe afetassem a sociedade. Logo, o princípio da cooperação era o que prevalecia nessa época.

As juntas de conciliação e julgamento começavam a delinear o modelo de Justiça do Trabalho no Brasil. Tinham uma composição paritária na qual havia um presidente, sendo que este poderia ser um magistrado, funcionário público ou um advogado. Havia também um representante dos empregados e um representante dos empregadores que tinham a função de tentar solucionar os conflitos. Caso o conflito não fosse solucionado,

o processo era dirigido ao Ministério do Trabalho, que tinha como função a criação de uma comissão especial para a elaboração um laudo arbitral.

No que diz respeito ao direito sindical, o Decreto Legislativo nº 19.770/31 organizou esse instituto com características típicas de um regime fascista de Mussolini.

Segundo Sussekind (2004), o decreto garante a unidade sindical compulsória, a liberdade de organização, o reconhecimento do sindicato feito pelo Ministério do Trabalho, a proibição de propagação de ideias intolerantes de caráter político ou religioso, uma hierarquia sindical tendo os sindicatos, as federações as confederações e as centrais sindicais. Assim, fica claro que o sindicalismo no Brasil tem em seu berço os braços do Estado, pois é fruto do modelo implementado por Getúlio Vargas e não nasce da vontade das reivindicações.

Em 1937, emerge uma nova Constituição no Brasil, e essa institui a Justiça do Trabalho. Em 10 de novembro de 1937, com o apoio das forças armadas, Getúlio Vargas, impõe a Constituição de 37, que possuía índole corporativa com forte intervenção do Estado, alegando que essa intervenção não era apenas para contribuir nas deficiências individuais, mas para evitar e solucionar conflitos que por ventura viessem a prejudicar a economia do país. Daí se concretiza o corporativismo, segundo Sussekind (2004, p. 39/40) “A economia da produção será organizada em corporação, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público”.

Assim, em busca da paz social, deveria o Estado intervir em qualquer conflito de reivindicações dos trabalhadores, pois esses não deveriam intervir na economia do país, já que a economia deveria se desenvolver livremente sem qualquer tipo de interferência.

E, com esse olhar, foi que a Justiça do Trabalho foi implementada na Constituição de 1937, em seu artigo 139, que diz:

Art 139 - Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a Justiça do Trabalho, que será regulada em Lei e à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e às prerrogativas da Justiça comum.

Parágrafo único. A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. (BRASIL, 1937)

Assim, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho e o dissídio coletivo emergem no ordenamento jurídico do Brasil como instrumentos para garantir a paz social. Logo, o Poder Normativo, em sua essência, serviria para desqualificar a luta de classes.

No parágrafo único do artigo 139 da Constituição Federal de 1937, a greve e lockout não seriam permitidos, pois prejudicariam, no entendimento da época, o desenvolvimento dos direitos trabalhistas, e a CF/1937 se utiliza do Poder Normativo para controlar o movimento sindical brasileiro.

A partir da criação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, muitos embates políticos foram travados, pois cabe ao Poder Legislativo criar normas. Então, como poderia a Justiça do Trabalho ter esse poder? Isso iria ferir a separação dos poderes. Mas muitos argumentos foram levantados no sentido de defender que a Justiça do Trabalho não poderia ser equiparada aos tribunais da justiça comum, pois possui peculiaridades específicas nas soluções dos conflitos e, com isso, passou-se a defender uma flexibilização da teoria da separação dos poderes. A razão da criação do próprio instituto da Justiça do Trabalho foi algo específico, como já explicado anteriormente. Logo, foi defendida na época a constitucionalidade do Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

Diante de tudo isso é que surge a necessidade de constitucionalmente se regulamentar a competência normativa da Justiça do Trabalho. Logo, em 1946, a Constituição inseriu a Justiça do Trabalho como um órgão do Poder Judiciário, e o governo consegue ter uma relação harmoniosa com as relações trabalhistas, pois o corporativismo perdeu forças. Assim, o governo brasileiro passa a atuar com forte intervenção nas relações de trabalho, passando a ter uma relação harmônica em que se conseguem conciliar os valores sociais do trabalho humano e a livre iniciativa. Em 1967, a Carta Magna mantém o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Percebe-se que o Poder Normativo consegue se manter nas emendas constitucionais seguintes.

A Constituição Federal de 1988 traz algumas alterações com relação ao Poder Normativo, pois, após a emenda constitucional 45/04, que alterou o art. 114 §2º, ocorre uma limitação ao Poder Normativo. Diz o art. 114 §2º da CF/88:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
§ 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. (BRASIL, 1988).

O Poder Normativo literalmente significa o poder da criação de normas de competência da Justiça do Trabalho, que atua de forma anômala ao poder judiciário. Na verdade, atua como se fosse o próprio legislativo, pois atua de forma originária na criação de novas normas jurídicas. Para Pinto (2002, p.270), “É a competência determinada a órgão do poder judiciário, para em processo no qual são discutidos interesses gerais e abstratos, criar norma jurídica destinada a submeter à sua autoridade as relações jurídicas de interesse individual concreto na área da matéria legislativa”. Essa análise se dá pelo art. 114, § 2º, da CF/88, antes da alteração dada pela emenda 45/04, que dizia: “Art. 114 [...] § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação, ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, **podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições**, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas existentes de proteção ao trabalho” (2004, p.86). Com isso, a criação de normas da Justiça do Trabalho estava bem clara, bem como, o cumprimento de sentença normativa.

Após a Reforma do judiciário que alterou o art. 114, parágrafo segundo, que acrescentou: “podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito” entendem alguns autores que não cabe à Justiça do Trabalho criar normas e, sim, apenas decidir qual das normas sugeridas pelas partes ou acordadas anteriormente poderão ser aplicadas, ficando limitado o Poder Normativo da justiça laboral. Para Ripper (2005, p. 268), “o Poder Normativo é a competência constitucional conferida aos Tribunais do Trabalho, quando os sujeitos assim avençarem expressamente por comum acordo, para apenas decidir o conflito, respeitados os princípios legais mínimos de proteção ao trabalho e as cláusulas preexistentes”.

Baseado nessas afirmações, alguns juristas e autores acreditam que o Poder Normativo, a partir de 2004, ou seja, após a emenda 45, não promulga mais normas e condições de trabalho, na verdade, ele se tornou um instrumento que o juiz utiliza para decidir um dissídio econômico por meio das propostas trazidas pelas partes. Com isso, o Poder Normativo nos tribunais laborais ficaria limitado. Lembrando que essa é a opinião de alguns juristas e autores, mas há quem defenda o contrário. Para Santos (2005, p. 125): “denomina-se Poder Normativo a competência atribuída aos Tribunais do Trabalho para estabelecer normas e condições de trabalho, por sentença normativa, em dissídios coletivos, visando à solução da lide”. Logo, para alguns juristas, o Poder Normativo, mesmo depois da emenda 45/04, ainda faz fonte formal do direito.

Todos esses conceitos têm algo em comum quando afirmam que o Poder Normativo serviria para compor os conflitos coletivos na sentença normativa que traz em seu bojo a característica a generalidade e a abstração. A generalidade seria a aplicação da sentença normativa a todos os pertencentes daquelas categorias sejam eles os reclamados ou reclamantes do dissídio coletivo, daí se tem o efeito erga omnes da sentença normativa. Já a abstração chega a ser equiparada à abstração da legislação formal (*stricto sensu*). O magistrado deverá a em sua decisão utilizar o princípio da proporcionalidade e da equidade, pois, em um dissídio coletivo de natureza econômica, há dois polos que lutam pela garantia dos direitos fundamentais, ou seja, de um lado os empregados, que buscam garantir a sua dignidade humana no ambiente de trabalho, e do outro o empregador, que busca garantir os seus direitos socioeconômicos e até mesmo a sua permanência no mercado global.

A sentença normativa tem a sua natureza jurídica como um ato jurídico, já que ela é auferida em forma de sentença e materialmente será uma Lei *lato sensu*. Assim, em uma sentença normativa, o magistrado exerce o seu Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Assim, fica claro que a sentença normativa é fonte formal do direito do trabalho e poderá ser aplicada aos casos concretos. Corroborando com essa teoria, Santos (2007, p.10) relata que:

para expressiva parte da doutrina, o Poder Normativo dos Tribunais do Trabalho não representa um real efetivo exercício da função jurisdicional, mas sim o desenvolvimento de uma função legislativa, de maneira atípica ou anômala pelo Poder Judiciário, na medida em que, por meio dela não se objetiva a aplicação de direito pré-existente ao caso concreto, mas a criação de novas condições de trabalho.

Assim, não é preciso falar sobre o silogismo jurídico ou a subsunção do fato à norma jurídica que ocorreria normalmente na função jurisdicional do poder judiciário quando desenvolve a sua função típica. Para Martins Filho (1996, p. 54), “estas decisões não têm caráter constitutivo porque não estabelecem a criação de novas relações jurídicas, baseadas no normativo positivo existente, mas tem natureza dispositiva, isto é, a mesma natureza de Lei”. No entanto, para os doutrinadores que pensam diferente, ou seja, que acreditam que os Tribunais Trabalhistas não podem criar normas, mas só podem decidir os conflitos coletivos de natureza econômica, escolhendo a melhor proposta sugerida, a

natureza jurídica da sentença seria constitutiva, pois só poderá agir pelo princípio da legalidade.

O conteúdo do Poder Normativo pode se dar de duas formas, ou seja, por meio de cláusulas normativas e cláusulas obrigacionais. As cláusulas normativas têm o caráter econômico e social e são utilizadas para regular as condições de trabalho. As cláusulas obrigacionais tratam de direitos e obrigações entre os empregados e empregadores. A Justiça do Trabalho, ao exercer o seu Poder Normativo, não poderá reduzir direitos conquistados pelos trabalhadores anteriormente, bem como devem respeitar as limitações constitucionais.

Nesse sentido, o Poder Normativo diz respeito à possibilidade da criação de normas. Em regra, o detentor do Poder Normativo é o poder legislativo, mas os poderes executivos e judiciários também possuem Poder Normativo. No direito coletivo do trabalho, as partes poderão celebrar acordos ou convenções coletivas que serão verdadeiras fontes formais do direito. Assim, os sindicatos dos trabalhadores, os sindicatos dos empregadores e as empresas podem coletivamente criar normas que devem respeitar o artigo 611- A e 611- B da Lei 13.467/17.

O olhar para o passado deverá perceber o presente nas relações trabalhistas. Como já demonstrado nesta pesquisa, o direito do trabalho emerge de reivindicações coletivas, ou seja, naturalmente o direito coletivo surgiu primeiro e, só a partir dele, nasce o direito individual.

O Poder Normativo se insurge lado a lado ao direito do trabalho, já que o cenário, no qual nasce o direito do trabalho, é de um modelo de Estado liberal, assim não poderia existir intervenção do Estado nas iniciativas privadas. A primeira forma de contratação se deu em um acordo mútuo entre as partes em que o trabalhador presta o serviço e o empregador se compromete a pagar pelo serviço, deixando perceptível a criação do Poder Normativo entre as partes.

Nesse modelo, a igualdade entre as partes era meramente formal, pois o trabalhador dependia, como ainda depende, do salário para a sua sobrevivência, e o empregador não se subordina ao empregado e é por isso que o trabalhador é considerado o hipossuficiente na relação trabalhista.

A necessidade de que os trabalhadores desenvolvessem seus trabalhos todos reunidos em um mesmo espaço fez nascer o espírito coletivo e, com isso, a união desses trabalhadores contra a exploração das fábricas, desenvolvendo o raciocínio de que apenas coletivamente eles iriam conseguir conquistar melhores condições de trabalho. A partir

desse momento, foi que os trabalhadores perceberam que as empresas eram seres coletivos e eles seres individuais, mesmo que as Leis da época os tratassem como iguais. Assim, com a união dos trabalhadores e as tratativas diretamente com as empresas, os trabalhadores começaram as suas primeiras pequenas conquistas.

As normas trabalhistas têm um sentido inverso das outras normas, pois elas foram construídas a partir das reivindicações da classe operária e não partiu do Estado. Demonstra-se com isso o Poder Normativo das partes no direito do trabalho desde a sua origem. Assim,

A origem das negociações coletivas é atribuída à fase na qual o Estado era omissivo diante da questão social, diante de sua política liberalista, com o que surgiu a espontânea necessidade de organização dos trabalhadores em torno das organizações sindicais. Com a força da greve, os trabalhadores conseguiram levar seus empregadores a concessões periódicas, especialmente de natureza salarial, estendendo-se para outros tipos de pretensões, hoje as mais generalizadas. Formou-se assim um direito do trabalho autônomo [...]. (NASCIMENTO, 2000, p. 255).

Logo, esse ramo jurídico tem em si o poder de fonte normativa, pois ele pode criar as suas próprias normas. Diante do cenário nacional e da Lei. 13. 467/17, o que se deve levar em consideração é que, com a retirada da contribuição compulsória dos sindicatos de forma leviana e irresponsável, pois não foi dado nenhum prazo para que os sindicatos se reorganizassem, fica a seguinte questão: esse Poder Normativo dado aos atores sociais das relações de trabalho seria benéfica ou maléfica para os trabalhadores? Esse questionamento é importante tendo em vista que os sindicatos estão enfraquecidos e sem condições para negociar, ou melhor dizendo, estão desempoderados.

2.1.1 As espécies do poder normativo na Justiça do Trabalho

Antes da análise das espécies do Poder Normativo na Justiça do Trabalho, será feita uma análise sobre a separação dos poderes tendo em vista que na norma constitucional também consta que quem tem o poder de editar normas é o legislativo e a Justiça do Trabalho também possui Poder Normativo.

Assim, no Estado moderno, as funções são exercidas por três órgãos do ente estatal: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário. A teoria da separação dos poderes foi consagrada por Montesquieu em sua obra “O espírito das Leis”, em que

cada poder deverá exercer a sua função. A primeira menção sobre as funções do Estado foi citada por Aristóteles em sua obra “A Política” e, posteriormente, na obra: “Segundo tratado sobre o governo” de John Locke (MORAES, 2006). Logo, tal separação de poderes foi tratada por apenas um autor. Assim relata Fernandes (2020, p. 339)

Podemos encontrar as primeiras bases de uma teoria da separação de poderes no pensamento de Aristóteles, que vislumbrava a necessidade de fragmentar as funções administrativas da *pólis*, principalmente a necessária separação entre administração do governo e solução de litígios existentes na comunidade. Com Montesquieu, sob inspiração de Locke, vislumbrou-se a necessidade de interconectar as funções estatais, a fim de manter a autonomia e independência que lhes são típicas, nascendo daí a famosa *teoria dos freios e contrapesos* (“*checks and balances*”).

Com o intuito de proteger as liberdades individuais e limitar o Estado em sua atuação, após o período absolutista em que os monarcas detinham o poder absoluto, foi que surgiu na evolução histórica a separação dos poderes. Historicamente, essa teoria é consagrada na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. No Brasil, está consagrada na Carta Magna de 1988, no art. 2º, sendo considerada cláusula pétrea, conforme preconiza o artigo 60, parágrafo 4º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

A teoria da separação dos poderes busca equilibrar as forças do poder do Estado, buscando proteger a sociedade de abusos por meio do sistema de freios e contrapesos (COSTA, 1986). “Portanto, podemos resumir e definir a análise do art. 2º da CR/88 na perspectiva: a) da especialização funcional (análise das funções típicas e atípicas); b) da não usurpação de um poder sobre o outro (ingerência indevida que fere a separação de poderes); e c) dos controles recíprocos (freios e contrapesos)” (FERNANDES, 2020, p.339).

Existem três críticas referentes à teoria da divisão das funções do Estado. A primeira diz respeito à prática dessa separação que efetivamente não ocorre como deveria, pois há a intervenção de um poder sobre o outro. A segunda crítica é de que a separação dos poderes não consegue garantir efetivamente a garantia das liberdades individuais diante de tantos modelos antidemocráticos demonstrados pela história e o terceiro ponto é que a complexidade da sociedade contemporânea dificulta as limitações da separação dos poderes, tendo em vista que cada vez mais o Estado é chamado para a solução dos problemas e muitas vezes não consegue atender de maneira satisfatória as demandas sociais.

Com relação à primeira crítica, o que se percebe é que a separação dos poderes ocorre de forma relativa, pois muitas vezes o órgão estatal realiza a função que seria originalmente de outro órgão. Ele deveria realizar uma afunção típica e acaba por realizar uma função atípica e como exemplos se tem a situação de quando o Poder Executivo julga um processo administrativo ou edita medidas provisórias exercendo tanto a função do Poder Judiciário, bem como do Poder Legislativo. Com relação à segunda crítica, deve-se perceber que historicamente a separação dos poderes não evitou o surgimento de governos autoritários e, com eles, a concentração das funções ou em uma única pessoa ou em um colegiado, ferindo assim a separação dos poderes. A terceira crítica diz respeito ao papel exercido pelo Estado na contemporaneidade, pois possui muito mais demandas do que anteriormente. Por isso, emergem institutos como o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, que tem por objetivo oferecer mais eficiência às atuações do Estado, atribuindo assim ao Poder Judiciário a função típica do legislativo.

É certo que a atividade jurisdicional consiste na aplicação de normas pré-existentes ao conflito, mas há quem diga que, no Poder Normativo, é diferente, pois se aplicam as normas latentes no ordenamento jurídico e com isso se teria a natureza jurisdicional do instituto (MAGANO, 1993). Com relação à sentença normativa pode-se considerar de natureza mista em que se encontram os aspectos legislativos e jurisdicionais.

Ainda falando sobre a sentença normativa, é preciso esclarecer que, para que se possa garantir um ambiente democrático e o cumprimento da Constituição Federal de 1988, em seu art 114, parágrafo 2º, após a emenda 45/2004, não se pode admitir a criação de normas pela sentença normativa e apenas caberá ao poder judiciário decidir o conflito de acordo com as propostas das partes trazido aos tribunais.

Assim, a tese passará a analisar as espécies de Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Como já analisado, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho se deu pelos próprios atores sociais somente depois foi que o Estado resolveu regulamentar tal instituto. Esse poder que foi conquistado pelos trabalhadores e empregadores não irá apenas integrar o contrato de trabalho ele irá regulamentar a vida dos atores sociais no que diz respeito às normas trabalhistas.

Assim, após três séculos do regime escravocrata no Brasil, não teria como o direito do trabalho ser apenas mais um ramo do direito, pois era necessário mais, ou seja, era preciso que os direitos trabalhistas tivessem um tratamento jurídico diferenciado e uma atenção da sociedade no intuito de garantir tais direitos.

O fim da escravidão no Brasil iniciou um processo migratório que teve grande repercussão na conquista dos direitos trabalhistas, pois aqui não se tinha história de luta por esses direitos como havia em outros países, em especial na Europa. Os imigrantes que vieram para o Brasil em busca de substituir a mão de obra escrava, como os italianos, portugueses, espanhóis e outros, já tinham histórico de lutas para garantir os direitos trabalhistas e sociais. Apesar da resistência da classe burguesa, os operários se reuniram e conseguiram montar uma resistência que agia de forma autônoma e independente, bem como montaram ideais coletivos que não tinham previsão nas Leis e muito menos era amparado pelo Estado.

Logo, este Poder Normativo informal não tinha amparo na legislação nem no Estado, mas, mesmo assim, isso não impediu que os operários reivindicassem por direitos trabalhistas, antes nunca vistos no Brasil. A própria legislação que vigorava no país era tendenciosa no sentido de privilegiar a burguesia, essa era uma forma do Estado tentar segurar as conquistas que os trabalhadores vinham tendo. Com isso, em 1930, Getúlio Vargas cria o Ministério do Trabalho e emprego - MTE e o vincula aos sindicatos como forma de tentar controlá-los.

Com o Decreto n. 19.770/31, surge a primeira norma brasileira de direito trabalhista, que garantia apenas a possibilidade de realização de acordos e convenções coletivas entre os atores sociais, mas não chegou a regulamentar o instituto.

Art. 7º Como pessoas jurídicas, assiste aos sindicatos a faculdade de firmarem ou sancionarem convenções ou contractos de trabalho dos seus associados, com outros sindicatos profissionaes, com empresas e patrões, nos termos da legislação, que, a respeito, for decretada.

Art. 10. Além do que dispõe o art. 7º, é facultado aos sindicatos de patrões, de empregados e de operarios celebrar, entre si, accordos e convenções para defesa e garantia de interesses reciprocos, devendo ser taes accordos e convenções, antes de sua execução ratificados pelo Ministerio do Trabalho, Industria e Commercio.(BRASIL, 1931)

A regulamentação da legislação coletiva se deu com o Decreto 21.761/32 e surge mais como uma forma de antecipação do Estado, tendo em vista que as lutas das classes operárias ainda eram muito tímidas no país, ou seja, o fenômeno da regulamentação das normas coletivas foi inverso aqui. Ele não partiu do povo para a legislação, ele veio da legislação para o povo e, como não havia experiências nessa seara no Brasil, a norma foi inspirada no direito positivo francês de 1919. O decreto considerava as negociações coletivas como convenção coletiva de trabalho e admitia que ele tivesse duração de no

mínimo um ano e no máximo quatro anos. Essas normas seriam aplicadas apenas a quem fosse sindicalizado, mas o Ministério do Trabalho poderia aplicar a convenção para toda a classe trabalhadora. Com isso, o Poder Normativo do direito do trabalho brasileiro passa a ser reconhecido e exercido no país.

Para uma melhor compreensão do tema, esta pesquisa irá analisar as espécies do Poder Normativo, ou seja, o Poder Normativo autônomo e heterônomo.

2.1.2 Poder normativo autônomo e heterônomo

É fato que as normas autônomas integravam os contratos coletivos individuais e também o ordenamento jurídico. A Carta Constitucional de 1934 dizia:

Art 121 - A Lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. § 1º - A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: j) reconhecimento das convenções coletivas, de trabalho (BRASIL, 1934).

Houve a primeira regulação das convenções coletivas que eram reconhecidas pelo Estado, sendo que a eficácia era restrita aos sindicalizados. Na carta de 1937, esse critério permaneceu sofrendo apenas a alteração na denominação do instituto que passou para “contrato coletivo”.

Com o Decreto-Lei n. 1.237/39, os contratos coletivos passaram a surtir efeitos em toda a categoria profissional, mas logo com a promulgação da CLT, em 1943, (Decreto-Lei n. 5.452/43), o cenário mudou passando então os contratos coletivos a ser estendidos apenas aos sindicalizados. Como já relatado nessa pesquisa, o art. 611 da CLT dizia que o contrato coletivo de trabalho era aplicável apenas aos sindicalizados e poderia o Ministério do Trabalho e Emprego estender os seus efeitos para os demais membros da categoria (art. 612 da CLT), caso se tratasse de interesse público. Com isso, a validade dos contratos coletivos passou a ser limitado ao prazo máximo de dois anos.

Com a Constituição Federal de 1946, a situação tomou outro rumo, pois a convenção coletiva de trabalho passa a ser reconhecida e deixa de ser denominada como contrato coletivo de trabalho. A Constituição de 67 mantém a denominação de convenção coletiva de trabalho pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969. Ainda na Constituição de 1967 todo o capítulo da CLT que tratava dos contratos coletivos foi modificado pelo

Decreto-Lei n. 227/67. Ou seja, o termo contrato coletivo passou a ser substituída por convenção coletiva de trabalho e com isso, a eficácia das convenções passou a ter efeito erga omnes, ou seja, tiveram os seus efeitos estendidos a toda a categoria profissional. Nesse mesmo período foi criado o acordo coletivo de trabalho. Até hoje ainda se encontra o termo contrato coletivo na CLT, mas esse termo deve ser reconhecido como convenção coletiva de trabalho.

A diferença entre convenção coletiva de trabalho – CCT e o acordo coletivo de trabalho – ACT, pois a convenção é mais ampla, ou seja, Aquela é realizada entre os sindicatos das categorias enquanto este é realizado pelo sindicato dos trabalhadores e a(s) empresa(s). Com o advento da Lei. 13.467/17, os acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão sobre as convenções coletivas de trabalho, assunto que será discutido em um momento apropriado nesta pesquisa. Os efeitos do acordo coletivo e da convenção coletiva são erga omnes sendo que no acordo os efeitos atingirão apenas os funcionários da empresa convenente, sejam eles filiados ou não. Na convenção, os efeitos atingirão todas as categorias convenientes que sejam filiados ou não.

A década de 70 tem um movimento sindical forte que é reconhecido como o “Novo Sindicalismo”, e isso refletiu na Carta Magna de 1988 no que diz respeito aos acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho. A Constituição Federal de 1988 reconhece o instituto das negociações coletivas em seu artigo 7º e torna obrigatória a participação dos sindicatos profissionais nas negociações em seu artigo 8º, VI, garantido assim o princípio da interviniência sindical nas negociações coletivas, ou seja, caso o sindicato profissional não participe das negociações, sejam elas por acordo coletivo ou convenções coletivas, aquela negociação será nula. Essa imposição constitucional visa garantir a paridade das partes na negociação, tendo em vista que o trabalhador individual é considerado hipossuficiente na relação trabalhista. Apesar da Lei 13.467/17 ter reconhecido o empregado hipersuficiente, ainda há muito que se discutir a respeito dessa nova figura no direito justrabalhista brasileiro.

Com isso, o Poder Normativo autônomo é exercido pelas partes, ou seja, pelos atores sociais das negociações coletivas. As partes sejam elas o sindicato dos trabalhadores e as empresas, bem como, o sindicato dos trabalhadores e o sindicato dos empregadores são os atores sociais dessa relação, pois nesse momento eles poderão criar normas como se o legislativo fosse algo que só existe com o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. A Lei. 13.467/17 traz uma inovação que é: o negociado se sobrepõe ao legislado.

Logo, o Poder Normativo autônomo é exercido no direito coletivo do trabalho por meio das negociações coletivas de trabalho e de seus atores sociais. As justificativas para a entrega deste poder nas mãos dos próprios interessados se dá pelas mudanças constantes nas relações trabalhistas e pela demora do legislativo em acompanhar essas mudanças. Assim a Constituição Federal de 1988 garante a paz social e o pluralismo jurídico.

Os sindicatos e as empresas são os representantes legais das categorias e possuem a prerrogativa que inicialmente seria apenas do legislativo, mas como prevê a CF/88 em seu art. 1º, parágrafo único:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

Os instrumentos autônomos do direito coletivo são considerados como Direitos Sociais pela Carta Magna de 1988.

Com relação ao Poder Normativo heterônomo, ele serve como uma solução para dirimir conflitos quando não há uma solução por meio de acordos e convenções coletivas. Logo, quando os atores sociais não conseguem solucionar o conflito de forma pacífica por meio das normas autônomas, entram as normas heterônomas que serão definidas por um terceiro que não foi escolhido pelos atores e sim pelo Estado.

O Poder Normativo heterônomo também está previsto no Brasil desde a Constituição de 1934 e permaneceu na carta de 1937, mas só foi regulamentada pelo Decreto 1.237/39. Assim, quando surgem os conflitos que não logram êxito na forma autônoma, emerge o dissídio coletivo de natureza econômica que irá solucionar o conflito de forma heterônoma por meio de uma sentença normativa prolatada pelos tribunais nacionais da Justiça do Trabalho, que irá decidir o conflito.

Muitas são as discussões doutrinárias sobre a sentença normativa, pois, para alguns autores, ela poderá criar novas normas e para outros, após a emenda 45/04, que fez a reforma do poder judiciário, ela não poderia criar normas e sim decidir qual a melhor proposta sugerida pelas partes. Essa discussão será retomada no próximo tópico desta tese.

A Constituição Federal brasileira urge para que os atores sociais solucionem os

seus conflitos de forma autônoma garantindo assim os direitos sociais e a democracia que nessa situação seria exercida por esses atores. O Poder Normativo heterônomo surge como uma forma de estimular as negociações coletivas com soluções autônomas, pois - caso não ocorra à solução de forma autônoma - quem irá dirimir sobre o conflito será um terceiro e não as próprias partes, o que não é interessante para os atores sociais.

O Poder Normativo heterônomo também se perpetuou nas constituições de 46 e de 88 por influência da Carta Del Lavoro italiana. Na Itália a Carta Del Lavoro primava por decisões judiciais para dirimir os conflitos coletivos do trabalho. Assim, relata Romita (2001, p. 101) que:

O Poder Normativo foi implantado no Brasil juntamente com a Justiça do Trabalho. Previsto, inicialmente, pela Constituição de 1934, a sua instituição foi reproduzida pela Carta outorgada de 10 de novembro de 1937, porém, implementada praticamente, no plano da legislação infraconstitucional, pelo Decreto-Lei n. 1.237, de 1939. Era a época do Estado Novo, ambiente político fechado, ditatorial, autoritário, que pretendia implantar no Brasil a organização da economia em bases corporativas, tomando como modelo o fascismo da Itália de *Mussolini*.

A inspiração da CF/88 sobre as negociações coletivas se deu apenas pelo título V da Carta Del Lavoro. O sistema corporativista, implantado na Era Vargas, possuía uma ideia fascista. Assim, a Lei priorizava os contratos individuais tentando desmantelar os anseios coletivos. E é neste cenário de intervenção estatal que emerge o poder heterônomo da Justiça do Trabalho. Com a possível intervenção do Estado, iria ser mantido o interesse comum sem levar em consideração o interesse das partes, e essa era a ideologia defendida na época. A ideia era a de ter os sindicatos “embaixo do braço” daí a criação do Ministério do Trabalho e Emprego, que, na época, teria a função de fiscalizar os sindicatos.

Assim, o poder heterônomo emerge com duas visões: uma de que as necessidades dos trabalhadores são muito dinâmicas e necessitariam de soluções rápidas e a outra de que o Estado tenta controlar as forças sindicais.

É possível esplanar as vantagens e as desvantagens do Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Uma das principais vantagens seria a superação da tentativa frustrada de autocomposição, pois a sociedade não teria de passar por um desgaste com as greves e os atores sociais teriam uma solução para o conflito no qual eles seriam o centro da solução. É verdade que os conflitos não podem perdurar infinitamente, mas é preciso compreender que o Poder Normativo é uma das formas frutíferas de solução, pois existem

outras formas como a mediação, conciliação ou a arbitragem.

No Poder Normativo heterônomo no qual se tem um juiz que poderá decidir o conflito por meio das propostas apresentadas pelas partes no processo judicial poderia causar um desestímulo à negociação dificultando o amadurecimento das entidades sindicais.

Dentre uma das desvantagens do poder heterônomo seria o desconhecimento do juiz sobre a verdadeira situação dos atores sociais o qual ele irá decidir normativamente. É natural que o magistrado não esteja preparado para tomar essas decisões, pois desconhece a realidade dos atores sociais envolvidos. Na verdade, quem possui as melhores condições de decidir a melhor solução para o conflito são as partes e não um terceiro. Outra desvantagem é que o ambiente dos trabalhadores e empregadores é dinâmico e a demora do judiciário em tomar uma decisão poderá ser extremamente prejudicial para as categorias. A generalização nas decisões judiciais é outro fator negativo que vai de encontro aos objetivos do Poder Normativo da Justiça do Trabalho.

Enfim, as normas mais eficazes para solucionar os conflitos coletivos seriam as normas autônomas por meio de acordos e convenções coletivas. No entanto, o direito sindical brasileiro não possui amadurecimento democrático para enfrentar o mercado e o Estado. Assim, terá sempre que recorrer ao Poder Judiciário, tendo em vista que cada vez mais perde força em especial com a (de)reforma trabalhista de 2017.

2.1.3 Análise do parágrafo 2º do artigo 114 da Constituição Federal de 1988

O Poder Normativo nas Constituições brasileiras passou por três fases. A primeira fase é anterior à Carta Magna de 1988, que foi marcada por edições de Leis que regulamentavam o Poder Normativo pelo judiciário. Já a segunda fase entrou em vigor com a Constituição Federal de 1988. A terceira fase se estabelece até os dias atuais com a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Na primeira fase, o Poder Normativo é reconhecido no parágrafo 2º do artigo 123 do Texto Maior de 1946, quando fala; “poderão estabelecer normas e condições de trabalho” (FAVA, 2005, p, 280). Assim, relata o artigo 123, parágrafo 2º:

Art 123 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores, e, as demais

controvérsias oriundas de relações, do trabalho regidas por legislação especial (...)

§ 2º - A Lei especificará os casos em que as decisões, nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho. (BRASIL, 1946)

É de grande importância a garantia do Poder Normativo nas Constituições, tendo em vista que a Justiça do Trabalho possui peculiaridades que devem ser decididas de acordo com as partes e, se necessário, até a criação de novas normas devem ocorrer para solucionar o conflito e evitar uma greve ou um conflito que possa prejudicar o desenvolvimento do país, na época. Assim, era o pensamento do legislador na época. Mesmo antes da Constituição de 1946, o Poder Normativo da Justiça do Trabalho já era utilizado pelos órgãos de julgamento, que faziam parte do Poder Judiciário, dos conflitos coletivos que eram regulamentados por Decretos-Lei como o Decreto n. 123 de 1939, em seu artigo 94, que dizia: “Art. 94 Na falta de disposição expressa de Lei ou de contrato, de decisões da Justiça do Trabalho deverão fundar-se nos princípios gerais do direito, especialmente do direito social, e na equidade, harmonizando os interesses dos litigantes com os da coletividade, de modo que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

Antes da CF/1946, o Brasil vivenciava um período de ditadura comandado por Getúlio Vargas, assim, não era clara a separação dos poderes em um regime de ditadura, com isso a Justiça do Trabalho funcionava em um ambiente em que as funções do governo não eram tão claras. Com isso, percebe-se que o constituinte de 46 delegou ao legislador ordinário a função de decidir em quais situação seria utilizado o Poder normativo da Justiça do Trabalho. Até 1988, as sentenças foram prolatadas sem nenhuma limitação pelo judiciário, tendo em vista que nenhuma norma infraconstitucional foi criada.

Percebe-se que essa mesma norma constitucional foi reproduzida na Constituição da República de 1967, no seu art. 134, § 1º, que também foi repetida na Emenda Constitucional n. 1, de 1969, no parágrafo 1º, do artigo 142:

Art 134 - Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho regidas por Lei especial.

§ 1º - A Lei especificará as hipóteses em que as decisões nos dissídios coletivos, poderão estabelecer normas e condições de trabalho (BRASIL, 1967).

Já a segunda fase compreende a Carta Magna de 1988 e a Emenda Constitucional n. 45 de 2004. Nessa fase inexistia norma infraconstitucional que regulasse o Poder Normativo da Justiça do Trabalho, ficando assim a atuação do judiciário de forma mais ampla, pois este estaria limitado apenas às normas mínimas de proteção ao trabalho. Assim, o parágrafo 2º, do artigo 114, do Texto vigente antes da Emenda n. 45 de 2004, dizia:

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, **podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições**, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.

Com isso, emerge a terceira fase que se iniciou com a alteração trazida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, que altera o parágrafo 2 do artigo 114 da CF/ 88 para:

§ 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.

Assim, percebe-se uma mudança brusca no corpo do texto constitucional que altera de forma significativa a atuação do Poder Normativo da Justiça do Trabalho quando altera o texto de “podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições” para “podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito”. É necessária a exigência do “comum acordo” para que possa ocorrer a intervenção do poder Judiciário e isso é muito prejudicial para os trabalhadores brasileiros.

Deverá ser observado os limites que poderão ser exercidos pelos juízes no Poder normativo da Justiça do Trabalho, levando em consideração o final do parágrafo segundo do artigo 114 da CF/88, que diz: “respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” A doutrina trabalhista vem se debruçando na interpretação desse parágrafo e muitas são as divergências e interpretações sobre o texto constitucional.

Na interpretação do texto supracitado, parte da doutrina acredita que é possível por sentença normativa se manter pactos coletivos anteriores, mesmo que tenham perdido a sua vigência baseados no final do texto que traz: “bem como as convenionadas anteriormente.” Nesse caso, a discussão doutrinária não seria sobre a exigência de tais normas, mas sim sobre a aplicação de normas que já perderam a vigência. Aí emerge outra discussão que seria sobre a aderência contratual das cláusulas normativas dos instrumentos coletivos, ou seja, a CCT e o ACT, que atualmente, após a Lei 13.467/17, tais convenções e acordos coletivos não aderem ao contrato de trabalho, estando sua vigência limitadas ao prazo máximo de 2 anos.

A aderência contratual das cláusulas normativas é o foco principal nesta tese e será discutida em um momento oportuno como forma didática de dar fluência a esta pesquisa.

A expressão “comum acordo”, que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, trouxe, também é carregada de discussões doutrinárias, pois, para se solucionar o dissídio coletivo de interesse ou de natureza econômica, por meio do Poder heterônomo da Justiça do Trabalho, é preciso o comum acordo entre as partes, ou seja, qualquer desavença é necessária à manifestação das partes envolvidas. Diante dessas discussões doutrinárias, faz-se necessário uma análise da natureza jurídica do “comum acordo”, pois trata-se de um requisito para a instauração dos dissídios coletivos de natureza econômica na justiça do trabalho. Para alguns autores, como Carlos Henrique Bezerra Leite (2021) o “comum acordo” seria um pressuposto processual, ou seja, só seria possível dar entrada em um dissídio coletivo de natureza econômica se houver o “comum acordo”. Assim, se não houver acordo entre as partes interessadas o processo não poderá ser instaurado, pois na instauração do dissídio coletivo de natureza econômica deve haver a comprovação do “comum acordo”, sob pena de extinção da lide.

Já para outros autores, como Gustavo Felipe Garcia (2020) o “comum acordo” não seria necessário para a propositura da ação, a não ser que a parte contrária discordasse, ou seja, se não houver a manifestação de discordância a exigência inicial de um “comum acordo” seria suprida tacitamente, pois a natureza jurídica do “comum acordo” seria de condição específica para propositura da ação”.

Outra parte da doutrina alega que o “comum acordo” não possui natureza jurídica de pressuposto processual e muito menos de condição para a propositura da ação, pois estaria falando-se da arbitragem, em que a justiça do trabalho atuaria como um juiz arbitral escolhido pelas partes, sem a necessidade da instauração de um processo.

Assim, para essa corrente, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004, extinguiu o Poder Normativo, na esfera do poder normativo heterônomo, ficando instituído a arbitragem facultativa. Considera-se como arbitragem a necessidade de acordo entre as partes para que um terceiro possa decidir o conflito. Lembrando que essa via seria alternativa, pois é uma das possibilidades para tentar se tentar solucionar o conflito. Assim, o legislador retira do bojo constitucional essa figura atípica que era desenvolvida pela justiça do trabalho em suas sentenças normativas, que tinham o poder de criar normas, função essa do legislativo e ainda admitida no poder autônomo da justiça do trabalho, que é exercido pelos atores sociais.

Uma crítica que merece destaque à criação do “comum acordo” é que, ao invés de se formar a relação autor-juiz e em seguida a relação juiz-réu e com isso se estabelecer as relações entre as partes, o que ocorre é o contrário. Primeiro se estabelece a relação entre as partes, que decidem levar o conflito para um julgamento do Poder Judiciário, que só passa a participar da ação nesse momento posterior. Logo, a supressão dos termos “podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições” por “competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito” não seria mera coincidência, ou seja, deixaria claro qual a intenção do legislador em retirar do judiciário tal poder normativo e com isso enfraqueceria ainda mais os sindicatos, pois até para dar entrada em um processo de dissídio coletivo de natureza econômica necessitaria da anuência do empregador.

Nesse condão, a exigência constitucional do comum acordo para solução do conflito coletivo, que antes era considerada como jurisdicional, passaria a ser considerada pela doutrina majoritária como arbitral. Com isso, não haveria que se falar em negligência com relação ao direito de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88, pois as partes se utilizam do juiz na forma arbitral.

Antes da Emenda Constitucional n. 45 de 2004, as parte utilizavam o Poder Normativo pautando seus pedidos em interesses e não em direitos, pois esses só seriam criados posteriormente após a sentença normativa. Inexistia a possibilidade de ameaça de direito.

Nessa linha, o que se percebe é que não haveria constitucionalidade na exigência do comum acordo para que se tivesse acesso ao Poder Judiciário como condição da ação ou pressuposto processual. Nesse caso, o que se encaixaria seria o poder normativo instituído pela Lei de arbitragem. Mas, vale ressaltar que o STF no julgamento do Recurso Extraordinário (RE 1002295), considerou constitucional o “comum acordo” para propositura da ação:

Prevaleceu, no julgamento do RE, o voto do ministro Alexandre de Moraes. Ele explicou que o dissídio coletivo de natureza econômica é uma ação de natureza constitutiva, segundo o artigo 241 do Regimento Interno do TST, e ajuizado “para a instituição de normas e condições de trabalho”. Segundo ele, a garantia constitucional do direito de ação, ou princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) se refere à violação ou à ameaça a direitos já constituídos, “nada dispondo, pois, acerca daqueles que poderão vir a ser criados por dissídios coletivos”. Disponível em: ([http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452373#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20\(STF,diss%C3%ADdio%20coletivo%20de%20natureza%20econ%C3%B4mica.&text=No%20STF%2C%20o%20sindicato%20alegava,ou%20do%20acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a.\)](http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=452373#:~:text=Imprensa,-Not%C3%ADcias%20STF&text=O%20Supremo%20Tribunal%20Federal%20(STF,diss%C3%ADdio%20coletivo%20de%20natureza%20econ%C3%B4mica.&text=No%20STF%2C%20o%20sindicato%20alegava,ou%20do%20acesso%20%C3%A0%20Justi%C3%A7a.))). Acessado em 23/02/2021 às 09:12min.

Nessa tese, não corroboramos com o entendimento do STF, pois a exigência do comum acordo seria uma afronta ao direito de ação do autor, que deverá esperar pela anuência do réu para poder interpor a ação. Levando-se em consideração que ninguém quer ser réu em um processo judicial, têm-se que a exigência do comum acordo torna inviável a ação de dissídio coletivo de natureza econômica.

2.2 AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS E A CRISE DO DIREITO SINDICAL

Nesse tópico da tese, será analisada a evolução do direito sindical e das negociações coletivas, bem como, os métodos de resolução dos conflitos. Será verificada a conceituação de negociação coletiva e seus efeitos jurídicos. Serão analisados os instrumentos coletivos, ou seja, das suas cláusulas obrigacionais e normativas. Os sujeitos da negociação coletiva e os níveis da negociação também serão objeto de estudo desse tópico da tese.

2.2.1 A evolução histórica do sindicalismo e as negociações coletivas

É claro que o sindicalismo surge das questões sociais e econômicas que alcançaram a Revolução Industrial, mas não se pode esquecer da influência que o sindicalismo teve das corporações de ofício. Assim, com a derrocada das corporações de

ofício, surgem os sindicatos como já explanado no início desta tese. O intuito das corporações de ofício era criar melhores condições de trabalho para quem participava das corporações, mas os mestres dificultavam cada vez mais a aprendizagem da profissão, aumentando assim, significativamente, o número de aprendizes que, cada vez mais, recebiam menos e isso fez com que gerasse uma revolta dos aprendizes e dos auxiliares dos mestres. Segundo Martinez (2014), os trabalhadores da época decidiram por abandonar as suas corporações de ofício e sofreram as represálias das outras corporações bem como do próprio Estado. Daí emerge a necessidade de esses trabalhadores se reunirem e lutarem pelo direito ao livre exercício da profissão.

Nesse sentido, relata Sussekind:

[...] aumentando seu número, os trabalhadores isolados sentiram a necessidade de se unir e surgiram na França as *Associations Compagnonniques* e, na Alemanha, as *Gesellenverbänden*. Adotando certos hábitos de corporações seu sentido era, entretanto, a luta e defesa; sua arma era, apenas, a “exclusão”. O trabalhador que não pertencia à associação não conseguia encontrar trabalho porque os companheiros não lhe davam ajuda, recusavam-lhe a palavra e o desprezavam publicamente. (SÜSSEKIND et al. 2005, p.1102)

Após a Revolução Francesa, ocorreu a extinção das corporações de ofício, tendo em vista que elas eram incompatíveis com as ideias liberais defendidas na época. O liberalismo defendia que o homem não poderia estar vinculado a uma associação, pois isso feria a sua livre manifestação em detrimento de um grupo. Esse direito individualista, trazido pela Revolução Francesa, foi prejudicial para as organizações sociais e para o coletivo. Nesse momento, um novo desafio surge para os trabalhadores, ou seja, o desafio de se adaptarem ao desenvolvimento trazido pelas indústrias. Nesse momento as relações de trabalho eram balizadas pelo pensamento liberal em que se defendia a liberdade contratual, ou seja, não poderia haver a intervenção estatal.

Segundo Santos (2003, p.34), nessa época,

[...] criou-se um verdadeiro desequilíbrio nas relações jurídicas e econômicas entre empregadores e trabalhadores e possibilitou-se a exploração desenfreada de crianças e mulheres. Os trabalhadores estavam submetidos a condições subumanas de trabalho: jornadas extensas, salários ínfimos, exploração de mulheres e crianças, falta de condições de higiene e de segurança do trabalho; elevado número de acidentes de trabalho.

O liberalismo emergiu como consequência do pensamento iluminista, valorizando a razão e o homem. Tinha como percussores da elite europeia John Locke (1624-1704) e Isaac Newton (1643-1727). Defendiam a liberdade, a igualdade e a fraternidade e eram contra o antigo regime absolutista e o alijamento social proposto pela igreja católica.

A Revolução Francesa (1789) foi o grande divisor de águas nas relações de trabalho, pois, com ela, o governo monárquico, que assolava a França, fora deposto. Em consequência disso, a população passou a ser tratada de maneira igual por uma legislação previamente estabelecida. Com essas garantias e direitos dos cidadãos, os trabalhadores passaram a ter direitos nunca antes imaginados.

Relata o Decreto D'Allarde de 17 de março de 1791 que, a partir de primeiro de abril daquele ano, todo homem é livre para se dedicar à sua profissão, mas terá que pagar os impostos. Ainda assim, a legislação da época deixava os trabalhadores em desvantagens nas relações contratuais. Com o fim das corporações de ofício, a lei Le Chapelier de 1791 foi totalmente contra qualquer tipo de associação entre as relações de trabalho. Começa a surgir, então, a necessidade da intervenção do Estado para conseguir a proteção do trabalho infantil e a proteção do trabalho da mulher. Com isso, a Europa começa a se manifestar com a mudança no cenário. A Inglaterra, com a Lei de Peel, trouxe proteção às horas diárias de trabalho; a França proíbe o trabalho de menores nas minas e também proíbe o trabalho em domingo e feriados, garantido o descanso semanal; a Espanha, com a Lei Huelgas, autoriza a criação das associações e as greves.

Com tudo isso ocorrendo, emerge uma causa jurídica para o proletariado, ou seja, a conscientização da necessidade de se protegerem coletivamente contra as arbitrariedades do mercado liberal, causando pressão ao Estado e ao capital.

Em quase toda a Europa, os sindicatos e as greves eram considerados ilegais, mas, mesmo assim, o sindicalismo resistiu. Segundo Sussekind et al:

[...] proibidas as coalizões na Inglaterra em 1799, “porque era medida absolutamente necessária para prevenir as exigências ruinosas dos operários que, se não fossem reprimidas, destruiriam completamente a indústria, as manufaturas, o comércio e a agricultura da nação”, meio século depois as *trade-unions* reuniam meio milhão de membros. E o mesmo sucederia na França; proibidas as coalizações, em 1791, pela Lei Chapelier, e restauradas em 1884, pela Lei Waldeck-Rousseau, já em 1886 se realizava em Dijon o primeiro Congresso Nacional de Sindicatos Operários (2005, p.1103).

Os movimentos operários passaram a ter uma perspectiva internacional na história. Em 1864, criou-se a (AIT) Associação Internacional dos Trabalhadores, que era presidida por Karl Max. Essa associação foi de grande importância, pois passou a promover os ideais sociais que defendiam a atuação de uma nova ordem social que seria o domínio político do proletariado. Para Souto Maior (2011), a associação ficou conhecida como a Primeira Internacional Socialista. A internacional, Para Santos (2003), é responsável pela união dos operários tanto internacional quanto regionalmente. A associação, ainda, teria sido responsável por, em 1889, promover a Segunda Internacional Socialista e a Terceira Leninsta em 1914. Segundo Souto Maior, a Internacional também corroborou para o crescimento do movimento operário, pois apoiava a greve, os sindicatos e as sociedades de resistência. Para o autor:

Foi assim que uma onda de greves e agitação trabalhista varreu o continente, atingindo até a Espanha e a Rússia: em 1870 houve greves em São Petesburgo. As greves atingiram a Alemanha e a França em 1868, a Bélgica em 1869 (conservando sua força por alguns anos), a Àustria-Hungria logo depois, chegando finalmente à Itália em 1871 (onde alcançou seu ponto culminante em 1872-1874) e à Espanha no mesmo ano. Nesse período (1871-1873) a onda de greves estava no seu ponto máximo na Inglaterra (p.187, 2011).

Assim, percebeu-se que o Estado não estava conseguindo reprimir os trabalhadores, ou seja, eles continuavam desafiando as autoridades e as normas e ignoravam as possíveis sanções que poderiam sofrer. Para Nascimento (2009), o surgimento dos sindicatos é marcado por fases de proibições, tolerância e afirmações. Com o constitucionalismo social, os sindicatos conseguiram se solidificar, tendo o direito de associação previsto constitucionalmente. Para Santos (2003), foi com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar em 1919 que os direitos sociais se popularizaram no mundo.

O espírito de associação e de fortalecimento sindical fez surgir as negociações coletivas, ponto já discutido nesse tópico. Os trabalhadores se organizaram e pressionaram os donos das coletivas desde o início traziam benefícios para ambas as partes, pois as fábricas realizaram greves, além de outros combates, em busca dos seus direitos sociais. Para alguns autores as negociações

[...] (a) para o empregador, era uma forma de negociação pacífica, sem perigo de ocorrência de greves; (b) para o empregado, era o reconhecimento, pelo empregador, da legitimidade e representatividade do sindicato nas negociações, com a conseqüente conquista de novos direitos para os trabalhadores; (c) para o Estado, era uma forma de não interferência, em que as próprias partes buscavam a solução de seus conflitos, culminando com um instrumento de paz social. (2014, p. 906)

Pode-se dizer que a evolução histórica das negociações coletivas poderá ser suprimida em duas partes: a contratual e a regulamentar. A fase contratual é fruto do movimento sindical que, por meio de greves e outras pressões, acaba por conseguir que o empregador ceda a um acordo e assim a negociação passa a ser um instrumento de pacificação entre os convenientes. A fase regulamentar é implementada pelo próprio Estado com Leis que buscam regulamentar as negociações coletivas. Com isso, o que se percebe é que foi por meio dos movimentos sindicais que emergiram as negociações coletivas e sem elas dificilmente os trabalhadores teriam os seus direitos sociais resguardados.

2.2.2 Os métodos de resolução dos conflitos

O método de como solucionar conflitos sempre foi um tema presente na sociedade humana. Os mais conhecidos e estudados pelo Direito são: autotutela, autocomposição e heterocomposição. Nem sempre o homem necessitou desses métodos. Segundo Vasconcelos (2008, p.21-22):

Mais de noventa e nove por cento da história da humanidade foi vivenciada por nossos ancestrais nômades. Eles viviam da caça, da pesca e da coleta de mantimentos. O espaço era teoricamente ilimitado, os recursos eram maleáveis. Inexistiam castas, classes sociais, estados ou hierarquias formais. Os conflitos eram mediados pela comunidade, coordenada em torno das lideranças comunitárias. A ordem tinha um caráter sacro, sendo as penas, sacrifícios realizados em rituais, não se apresentando como imposição de uma autoridade social, mas como forma de proteger a comunidade do perigo que a ameaçasse. Vigorava um tipo de direito pré-convencional, revelado, indiferenciado da religião e da moral. As relações humanas eram pouco complexas e fortemente horizontalizadas.

Para o mesmo autor, apenas com a Revolução agrícola, em que o homem deixou de ser nômade e passou a ser sedentário, foi que começaram a surgir os primeiros conflitos por terras produtivas. Daí emerge a necessidade de métodos de solução de conflitos. O

primeiro e mais conhecido é o da autotutela de interesses individuais, em que o indivíduo se utiliza da própria força para solucionar os seus conflitos.

Para Delgado (2017, p. 1504),

A autotutela ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca. Como se vê, a autotutela permite, de certo modo, o exercício de coerção por um particular, em defesa de seus interesses.

O que ocorre na atualidade é a restrição acentuada desse método passando para o Estado as diversas formas de coerção. Vale lembrar que, pelo Código Penal Brasileiro, a autotutela é considerada crime, ou seja, “é definida como crime, seja quando praticada pelo popular (“exercício arbitrário das próprias razões”, art. 345, CP), seja pelo próprio Estado (“exercício arbitrário ou abuso de poder”, art. 350)” (DELGADO, 2017, p. 1504). No Direito Civil Brasileiro, ainda é possível visualizar formas de autotutela nos artigos 160, I/1916; art. 188, I/2002; art. 502/1916; art. 1210 parágrafo I/2002; e art. 779/1916 e art. 1470/2002.

Já no direito do trabalho, uma das formas de autotutela que dificilmente se concretiza é a greve, a qual, na verdade, tem a função de pressionar a outra parte para que haja uma negociação. O que se verifica é a possibilidade de autocomposição na justiça do trabalho, que não substitui a autotutela, mas que seria um momento preliminar da negociação.

Como exemplos de autocomposição, têm-se a renúncia, a transação e a aceitação. Os métodos autocompositivos se configuram quando “o conflito é solucionado pelas próprias partes, sem intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia” (DELGADO, 2017, p.1504-1505), não existindo nenhum tipo de coerção.

Segundo Nascimento (1978, p.07), na

[...] autocomposição há uma solução encontrada pelas próprias partes do litígio, resultante da vontade de ambas e sem a imposição forçada do sacrifício do interesse alheio. Trata-se, portanto, de uma forma espontânea, embora dela não se afaste totalmente a capitulação do litigante de menor resistência. Assim, também, na autocomposição a resistência econômica dos litigantes é importante para determinar os rumos da solução encontrada.

Logo, é clara a diferença entre a autotutela e a autocomposição, pois naquela um indivíduo é obrigado a aceitar a decisão do outro por coerção. Já nesta é bem diferente, pois há um consentimento de uma das partes e não uma imposição.

Para esclarecer as formas de autocomposição, conceituar-se-á cada uma delas, a começar pela renúncia, que “ocorre quando um titular de um direito dele se despoja, por ato unilateral seu, em favor de alguém” (DELGADO, 2017, p. 1505). A aceitação ocorre quando uma das partes aceita o direito da outra parte; já na transação “verifica-se quando as partes que se consideram titulares do direito solucionam o conflito através da implementação de concessões recíprocas” (DELGADO, 2017, p. 1505). Todas essas formas de solução de conflitos podem ocorrer extrajudicialmente ou em um processo judicial. No direito do trabalho, uma figura que se destaca são as negociações coletivas, pois têm um viés de transação.

A heterocomposição também é uma forma eficaz de solucionar conflitos na qual um agente exterior entra no conflito para tentar encontrar uma solução. Existem alguns métodos de heterocomposição, quais sejam: a jurisdição, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Essa última sofreu recente alteração no que diz respeito ao direito coletivo do trabalho com o advento da Lei 13.467/17 e será trabalhada mais detalhadamente posteriormente.

Antes de adentrar nos métodos de heterocomposição, é importante salientar que a divisão feita, nesta pesquisa, entre autocomposição e heterocomposição não é pacífica, pois alguns autores consideram apenas a jurisdição e a arbitragem como heterocomposição e a mediação e a conciliação como autocomposição.

Logo, a análise de cada método de solução de conflito é inevitável para essa pesquisa. Sem dúvida, no mundo ocidental, a jurisdição é o método mais importante para a solução dos conflitos individuais e sociais.

O método de heterocomposição de jurisdição diz respeito aos processos judiciais institucionalizados pelo Estado, em que os juízes e os tribunais são responsáveis pela decisão que solucionará o conflito. O resultado desse método irá gerar uma sentença que será a solução da lide. O grande problema desse método é que nem sempre essa sentença gera a sensação de justiça, ou mesmo de solução do conflito. Por esse motivo, a conciliação ou mesmo a mediação são métodos mais indicados.

A mediação surgiu através do:

Projeto de Lei 4.827 – C, de 1988, de iniciativa da Deputada Zulaiê Cobra, que redundou numa versão consensuada, aprovada na Câmara dos Deputados em 30 de outubro de 2002, foi apreciado pelo Senado que, em 12 de julho de 2006, consoante Parecer 2106 da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, que institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil, e dá outras providências (VASCONCELOS, 2008, p.167/170).

A mediação é uma técnica de solução de conflitos que possui a intermediação de um terceiro sem poder decisório. Segundo o parágrafo único ,do Art. 1º, da Lei 13.140/2015 (Lei de mediação), a definição seria: “Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Na mediação, o terceiro dá sugestões de como o conflito poderá ser solucionado.

A mediação poderá ser utilizada em todo lugar, como nas escolas, no trabalho, na comunidade, e não apenas para tentar solucionar conflitos que poderão ser judicializados. Assim, a mediação poderá ocorrer tanto judicialmente, no início do processo, como extrajudicialmente.

O mediador deverá ser um profissional capacitado, imparcial, que transmita confiança. A mediação poderá ocorrer em um órgão ou não. E deverá seguir estes requisitos legais:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

Levando para a seara trabalhista, a mediação tem um papel fundamental na solução dos conflitos. As Comissões de Conciliação Própria – CCP têm a de mediar conflitos antes mesmo de serem judicializados. Na mediação, as partes irão decidir, diferente do que ocorre com a conciliação, que também é um método de solução de conflitos com a intervenção de um terceiro que não possui poder decisório. Um exemplo são as audiências na Justiça do Trabalho em que ocorre a conciliação sob o direcionamento de um juiz.

Para Delgado (2017, p.1508), “A conciliação judicial trabalhista é, portanto, ato judicial, mediante o qual as partes litigantes, sob interveniência da autoridade jurisdicional, ajustam solução transacionada sobre matéria objeto de processo judicial”.

Para o mesmo autor, embora a conciliação se assemelhe à mediação e à transação, ela se diferencia de três maneiras, ou seja,

[...] no plano subjetivo, em virtude da interveniência de um terceiro e diferenciado sujeito, a autoridade judicial; no plano formal, em virtude de realizar-se no corpo de um processo judicial, podendo extingui-lo parcial ou integralmente; no plano de seu conteúdo, em virtude de poder a conciliação abarcar parcelas trabalhistas não transacionáveis na esfera estritamente privada (DELGADO, 2017, p.1508).

Assim, é possível diferenciar a conciliação da mediação e da transação. Outro método de grande importância para solucionar conflitos é a arbitragem. Esta se realiza por meio de um laudo arbitral de um profissional capacitado. A seguir, a arbitragem de maneira geral e na justiça do trabalho será analisada de acordo com as recentes alterações da Lei. 13.467/17.

A definição de arbitragem é proferida por diversos autores. Para Cappelletti e Garth (1988, p.82), “o juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso”.

Uma das grandes vantagens da arbitragem é o princípio da autonomia da vontade, ou seja, as partes têm autonomia e liberdade para criar e modificar as decisões. Diferente de uma decisão judicial, a arbitragem é um método de solução de conflito heterocompositivo pelo qual as partes elegem o seu árbitro, que exercerá o poder decisório sobre as partes. A arbitragem é prevista constitucionalmente no art. 144 §§ 1º e

2º da CF, que passa a ser uma realidade para os contratos individuais de trabalho a partir da Lei 13.467/17.

O fato de a reforma trabalhista ter trazido uma nova figura para o método arbitral na esfera trabalhista, que seria o hipersuficiente, como demonstra o art. 507-A da Lei 13.467/17:

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.

Assim, o empregado que auferir renda superior a 11 mil reais poderá realizar cláusula compromissória arbitral diretamente com o empregador. O que o legislador pretende é demonstrar que o hipersuficiente é capaz de tomar as suas decisões. Esse fato pode gerar algumas controvérsias, fazendo com que parte da doutrina corrobore com esse artigo e outra parte não, levando em consideração os princípios constitucionais que regem o direito do trabalho.

Para Georgenor de Sousa Franco Filho, é por meio das decisões arbitrais que

O conflito trabalhista poderá ter condições de encontrar almejada convivência pacífica entre os fatores de produção, a partir de que o capital e trabalho em comum acordo, atribua a um terceiro, privado, independente e isento, a busca dos remédios para sarar seus desentendimentos. É forma válida para se obter a composição das divergências entre categorias econômica e profissional, e aperfeiçoar a distribuição da riqueza. Não é mecanismo utópico. Ao contrário, com a sua boa implementação e o conhecimento acurado de suas técnicas, poderá ser a fórmula que se busca para o perfeito entendimento entre os parceiros sociais (FRANCO FILHO, 1990).

Logo, para o referido autor, a arbitragem seria um método positivo na solução dos conflitos trabalhistas, trazendo soluções que satisfizessem as partes em um processo social. O que pode levar alguns autores a ter esse entendimento são algumas etapas do método. A primeira seria a liberdade que as partes possuem em escolher o juízo arbitral, que seria alguém imparcial e confiável, e isso traria um julgamento possivelmente satisfatório para as partes litigantes. É possível, também, a suspeição do juiz arbitral, que poderá ser feita logo no início do processo ou em um processo judicial que poderá anular

a sentença arbitral. A possibilidade de as partes optarem pelas regras processuais, ou seja, as sentenças arbitrais podem se dar por direito material, princípios e equidade desde que as partes esclareçam qual o melhor método e que esses não contrariem o direito processual brasileiro.

Algo bem interessante é a possibilidade da escolha de não haver a possibilidade de recurso naquela sentença e, ainda, podem determinar o tempo que o processo levará. Assim, a celeridade em um processo arbitral é um atrativo para as partes. Já levando em consideração que um processo desse tipo é muito caro, acaba por desestimular, no Brasil, o referido método. Outro atrativo é que o processo não será público. Caso a sentença arbitral não for cumprida, caberá execução, bem como todas as sentenças judiciais e, a partir desse momento, as partes mais importantes do processo se tornarão públicas.

Há, também, algumas desvantagens nesse método. O fato de o processo se tornar muito caro, a demora no processo por atos protelatórios e o fato do princípio da isonomia não interferir em relação às partes. Nesse método, não se leva em consideração a igualdade entre os pares, ou seja, todos são iguais no litígio, não existindo a figura do hipossuficiente. Para Scavone (p.32, 1966), tal fato justificaria “a impossibilidade da cláusula arbitral no contrato de trabalho, portanto não é a irrenunciabilidade ou indisponibilidade, mas, de outro lado, a vulnerabilidade do trabalhador no momento da contratação e durante o contrato de trabalho (arts. 444 e 468 da CLT)”.

A novidade para o direito do trabalho com o advento da Lei 13.467/17 foi com relação aos direitos individuais e não coletivos, pois a opção por um juízo arbitral na esfera coletiva já era possível antes da Lei. Sabe-se que há decisões do TST de antes da reforma que aceitam o juízo arbitral para a esfera individual trabalhista, como no voto do Ministro Pedro Paulo Manus em 2008.

Juízo arbitral – Coisa julgada – Lei 9.307/1996 – Constitucionalidade. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei 9.307/1996. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça a direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da Lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo

arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei 9.307/1996. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT, ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei 9.307/1996 – a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do art. 896 da CLT e da Súmula 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento (Agravo de Instrumento em Recurso de Revista (AIRR) 1475/2000-193-05-00, 7ª Turma, DJ 17.10.2008). Disponível em: <https://tribunaltamces.com.br/2015/06/18/acordao-do-tst-em-favor-da-arbitragem/> (Acesso 12/01/19 às 06:35).

Por isso, há divergências sobre as vantagens e desvantagens de um juízo arbitral na esfera trabalhista.

Segundo Scavone (1966, p.32),

Seguindo esta premissa, nos *conflitos coletivos* nada obsta que haja solução pela via arbitral, mormente em razão do que dispõe o art. 114, § 1º, da CF, segundo o qual, “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Assim, é possível a arbitragem nos conflitos trabalhistas decorrentes de greve (arts. 3º e 7º da Lei 7.783/1989)³² e participação nos lucros (art. 4º da Lei 10.101/2000). Todavia, a clareza, aparente, da aplicabilidade da arbitragem nos termos da Lei 9.307/1996 aos conflitos trabalhistas cessa nos casos de conflitos coletivos.

Posto isso, na contemporaneidade, a cláusula arbitral é possível no direito individual trabalhista desde que siga os requisitos do art. 507-A, da Lei 13.467/17. No mais, no direito coletivo, já é possível de acordo com art. 114, parágrafos 1º e 2º, da CF/88. Lembrando que apenas os trabalhadores hipersuficientes poderão participar de um processo arbitral individual.

As formas de solução de conflito estão presentes na humanidade desde os primórdios. As relações de emprego e trabalho não poderiam ficar de fora. Os métodos expostos, como os autocompositivos, são excelentes formas de tentar amenizar os impactos de um processo judicial trabalhista. Ainda nesse contexto, esse método poderá trazer uma maior sensação de justiça na solução do conflito.

Já a autotutela não é admitida no direito trabalhista, sendo possível apenas nos casos elencados no corpo do artigo. A heterocomposição, como a mediação, a conciliação, a jurisdição e a arbitragem, também são maneiras possíveis de solucionar um

conflito. No entanto, só a partir da Lei 13.467/17, foi possível a arbitragem para o direito trabalhista individual.

Apesar de a Constituição Federal de 1988 aceitar a arbitragem para o direito coletivo e existir, também, previsão na Lei de greve, foi só a partir de 2017, com a inovação da Lei 13.467/17, em seu artigo 507-A, que a figura da arbitragem no direito individual trabalhista passou a existir.

2.2.3 Conceituação de negociação coletiva

As divergências, as desigualdades de poder e os interesses inerentes às relações de trabalho são um primeiro passo para a possibilidade da institucionalização dos conflitos e uma das formas mais eficazes para tentar solucioná-los. Uma das consequências da institucionalização dos conflitos é que à medida que eles são reconhecidos pelas partes, eles possibilitam um processo de regulação sistemático e isso muitas vezes não é compreendido. A aceitação desses conflitos pela sociedade acaba por se tornar uma forma de controle destes.

Essa regulação tem o propósito de tentar manter o equilíbrio entre as partes que é cheio de divergências e desigualdades. A regulação sistemática é adaptada às necessidades sociais e às relações de poder e devem ser adaptadas às características sociais, políticas e culturais dos atores sociais que participam do conflito. Esse processo deve ser provisório e temporário e poderá sofrer alterações nas questões econômicas, políticas e de poder. Com isso, em uma situação de manutenção do sistema social existente, as questões essenciais das relações de trabalho passarão a ser reguladas pela solução do conflito. As formas de regulação possuem objetivos que caminham lado a lado, em que nenhum objetivo exclui o outro. Ou seja, poderão ocorrer mudanças na estrutura, no controle do conflito e no contrato entre as partes convenientes.

Para Launay (1987), em uma fase inicial, de análise do conflito, pode se identificar a impossibilidade de separar a negociação do conflito, nesse caso não haveria o que negociar já que as partes estão de acordo. Para que ocorra a negociação, deve haver um conflito entre as partes envolvidas e a identificação de interesses divergentes entre ambos. Para que ocorra a negociação, é preciso que ambas as partes reconheçam a necessidade da outra parte como válida e legítima; daí poderá emergir um resultado na

negociação que atenda a ambas as partes. Uma das formas mais usuais para regular as questões entre capital e trabalho são as negociações.

Nas últimas décadas do século passado, foi que surgiram os primeiros acordos que ocorreram nas indústrias onde os sindicatos eram fortes e normalmente os acordos surgiam depois de uma greve dos trabalhadores. Assim, pode-se concluir que só será possível a negociação daqueles que se organizarem em prol dos interesses coletivos unindo forças para questionar o poder estabelecido.

O estudo da negociação permite várias análises teóricas que dizem respeito a sua significação, ou seja, ao papel dos grupos interessados e seus limites. Nesse contexto, algumas teorias interessantes advêm de autores americanos como Schelling (1960) que trata da teoria dos jogos que em 1960 passa a dar um conceito científico às negociações. Alguns autores americanos criaram manuais de como conduzir uma negociação com o intuito de melhorar a condução das negociações e seus resultados.

Com a aplicação da teoria dos jogos, podem-se alcançar vários modelos simplificados de negociação e podem-se prever, também, as estratégias e os resultados. Contudo, ainda existem restrições a esse aporte teórico. Para Adam (1978), a teoria dos jogos carece de três tipos de correções que são elas: a primeira situação é que os dados do jogo teriam que ser estáveis, e isso não ocorre em uma negociação, pois os atores sempre irão estar mudando as regras e as opiniões durante a negociação; o segundo ponto é a pluralidade de necessidades, ou seja, os acordantes irão sempre buscar o melhor resultado para as partes e com isso não se pode falar em regras pré-estabelecidas e o terceiro ponto elencado seria a disputa que ocorre nas negociações entre os atores sociais desses grupos que possuem objetivos e necessidades distintas e com isso há um distanciamento da teoria dos jogos.

Assim, a negociação é um momento muito difícil para as partes, pois envolve uma série de elementos que, em alguns momentos, condizem com as necessidades mútuas e em outros momentos não condizem. Para Xavier (1999), o papel do sindicato como instância negociadora no campo dos conflitos coletivos de trabalho é essencial. Logo, negociar é um ato humano que exige alguns componentes essenciais que podem ser melhores discriminados.

Para se falar em negociação, é preciso inicialmente que se tenham pelo menos dois lados protagonizando o momento. Com isso, a participação deles deve ser voluntária, podendo ou não ocorrer a negociação. O negociador está ali representando uma classe ou uma categoria, e ele deverá ter influência na condução da negociação.

Ao conflito, é inerente a divergência que é a causa da negociação nas relações sociais e uma manifestação do conflito. A divergência pode surgir de diferença entre interesses de objetivos diversos dos grupos de interpretações divergentes dos fatos e de valores diferentes entre eles e de outros motivos. Na negociação é preciso existir a vontade das partes em chegar a uma solução para o conflito. Com isso, a negociação social perpassa grupos de interesses diversos que buscam uma solução plausível para as partes envolvidas.

Na sociedade brasileira, a negociação coletiva entre patrões e empregados traz em sua essência, ainda, as características do sistema corporativista das relações trabalhistas, e isso se concretiza com a intervenção da legislação e sua imposição na participação dos atores sociais, relatando as possibilidades que serão permitidas na negociação.

O modelo brasileiro de negociação foi criado com o intuito de mediar os conflitos inerentes das relações sociais, ele ocorre sob a égide da cooperação das classes e se apoia nas normas das Leis trabalhistas. Em alguns momentos, poderá ser remetida à instância superior como a justiça do trabalho. Com a possibilidade de a justiça do trabalho, por meio do dissídio coletivo, ser o órgão último a definir a negociação, pode ser que ocorra um desestímulo dos atores sociais em negociar. Na verdade, o que ocorre é que as partes acabam por explorar as vantagens da negociação coletiva e também a participação da justiça do trabalho.

Observam, na prática, dois movimentos, o primeiro privilegia os procedimentos legais e se mantém desde 1943, e o segundo vem se desenvolvendo em vários setores econômicos que é a negociação direta que utiliza outros mecanismos para solucionar os conflitos. Desde 1979, percebe-se uma busca pelo entendimento direto por parte das empresas e, em algumas situações, por partes dos empregados. Com relação aos trabalhadores, a CLT dá o poder de negociar aos seus sindicatos respectivos; já aos empregadores, a CLT dá esse poder a uma ou mais empresas e também aos seus sindicatos.

Na negociação coletiva, o que ocorre, na esfera trabalhista, é a busca por um meio de solução dos conflitos em que os empregadores direta ou coletivamente representados e os trabalhadores representados por seus sindicatos buscam materializar uma eventual divergência por meios de instrumentos coletivos, sejam eles um acordo coletivo do trabalho-ACT ou uma Convenção Coletiva do trabalho-CCT. A partir do momento em que os tomadores de serviços podem estar ou não representados por seus

sindicatos e os trabalhadores devem estar representados na negociação, o que se busca é a igualdade dos pares na negociação e a garantia do princípio da equivalência dos contratantes coletivos.

O papel que o sindicato assume na negociação coletiva garante a liberdade sindical, prevista na Convenção n. 87 da Organização Internacional do Trabalho, que, apesar de não ratificada no Brasil, é preconizada no artigo 8º da Carta Magna brasileira (PALOMEQUE LÓPEZ, 1991). Nesse sentido, as questões da hipossuficiência da classe trabalhadora restam superadas, já que há uma representação legítima na negociação que garante a paridade entre os grupos. Para Alonso Oléa e Alonso García (1980, 1983), essa paridade garante uma fonte não-estatal que irá produzir normas tendo como base a participação dos atores sociais e suas necessidades, que por vez possui grande eficácia.

No Brasil, a materialização da solução do conflito que gerou a negociação coletiva se dá por meio de dois tipos de instrumentos, ou seja, dos acordos coletivos do trabalho ou das convenções coletivas do trabalho. Como já relatado, os acordos são celebrados entre os sindicatos dos trabalhadores e a empresa (ou as empresas), e a convenção coletiva do trabalho é convencionada entre os sindicatos dos trabalhadores e o sindicato dos empregadores. Ambos instrumentos possuem o prazo de validade de no máximo dois anos, de acordo com a reforma trabalhista, ou seja, a Lei 13.467/17, que limitou o prazo a dois anos. No Brasil, não há sistematicidade nos acordos e convenções coletivas, normalmente eles ocorrem quando há conflitos e isso dificulta muito a garantia do patamar civilizatório mínimo dos trabalhadores no Brasil. Por isso, a ultratividade, prevista na súmula 277, do TST, era de grande importância, mas infelizmente a súmula perdeu a sua eficácia com a Lei. 13.467/17, e esse tema será abordado no último capítulo desta tese.

2.2.4 Os efeitos jurídicos das negociações coletivas, e o conteúdo dos instrumentos coletivos: cláusulas obrigacionais e normativas

Os efeitos jurídicos das negociações coletivas merecem destaque nesta tese, tendo em vista as recentes alterações trazidas pela Lei 13.467/2017. Com a materialização da solução do conflito, surgem cláusulas obrigacionais ou contratuais e as cláusulas jurídicas. As que possuem efeitos contratuais terão o efeito *inter partes*, já as cláusulas jurídicas terão efeitos *erga omnes*. Assim,

Os diplomas negociais coletivos produzem efeitos jurídicos em duas esferas de sujeitos de direito: as partes convenientes (que sofrem as repercussões diretas das cláusulas obrigacionais) e as bases profissionais e econômicas respectivamente representadas na dinâmica negocial (que recebem as repercussões diretas dos dispositivos normativos elaborados). Os dispositivos obrigacionais (cláusulas contratuais) têm, portanto, meros efeitos inter partes. Em contraponto, os preceitos normativos (regras jurídicas) têm efeitos erga omnes, respeitadas as fronteiras da respectiva representação e base territorial.(DELGADO, 2020, p.1666)

A permanência do efeito *erga omnes* dos acordos e convenções coletivas, após a reforma trabalhista de 2017, pode ser algo prejudicial aos sindicatos, pois, com a prevalência do negociado sobre o legislado, tem-se a impressão de que os sindicatos ganharam mais força só que, ao mesmo tempo, foi-lhes retirada a contribuição sindical compulsória, que mantinha muitos sindicatos abertos. Os sindicatos brasileiros perderam força e, com o efeito *erga omnes*, a sociedade não se acha na obrigação de participar das negociações.

Ao se analisar o efeito jurídico desses instrumentos, também deverá ser verificado os seus conflitos que podem ser verificados em três momentos, que são: a hierarquia entre as regras autônomas e as regras estatais; a hierarquia entre os acordos coletivos de trabalho e as convenções coletivas de trabalho; a análise da permanência das regras coletivas negociadas no contrato de trabalho. A análise da permanência das regras coletivas no contrato de trabalho será objeto de estudo do terceiro capítulo desta tese, pois esta tese se destina a criar uma teoria que diz respeito à aderência das normas coletivas nos contratos de trabalho.

A autonomia privada coletiva é refletida quando as normas jurídicas são criadas pelos atores sociais, expressando ali as suas necessidades e vontades. O conflito de normas aparentes pode emergir quando o poder normativo autônomo é exercido, ou seja, pode haver um conflito das normas criadas pelos entes coletivos com as normas criadas pelo Estado. Então, como solucionar esse conflito? Para Hans Kelsen (2006), há antinomia das normas quando uma determina conduta como certa e outra norma de forma divergente também determina como certa a sua norma.

No direito comum, a solução para esse problema seria simples, pois usa-se critérios hierárquicos que, segundo Diniz (2005), *lex superior derogat lex inferior* –, o cronológico – *lex posterior derogat legi priori* – e a especificidade *lex specialis derogat*

legi generali, ou seja, lei superior revoga lei inferior; lei posterior revogava lei anterior; lei especial revoga lei geral. Logo, esse critério hierárquico impõe normas rígidas e, no direito coletivo do trabalho, não são aplicáveis, pois, no ramo justabalhista, é possível a criação de normas estatais, bem como a criação de normas estabelecidas pelas partes envolvidas no processo de negociação coletiva. Logo, existe mais de uma fonte de origem para as normas jurídicas que deverão ser aplicadas.

No direito do trabalho, existe um princípio que garante a aplicação da regra mais favorável, sendo que, com a Lei 13.467/17, esse princípio ficou em desuso, pois a própria norma estatal define, em seu artigo 611-A, o que poderá ser negociado. O artigo 611-A da CLT é um rol exemplificativo, ou seja, os direitos ali presentes poderão ser alterados. Vejamos o seu caput: “Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei...”.

O que ocorre é que antes da reforma trabalhista, quando ocorria um conflito aparente de normas entre as regras da CLT e as normas coletivas de trabalho, o critério utilizado para solucionar o conflito não era o mesmo do direito comum, ou seja, não existia hierarquia entre as normas. Na verdade, a norma que deveria prevalecer era a que melhor atendesse aos interesses dos hipossuficientes da relação de trabalho, ou seja, os trabalhadores. Logo, o conflito de normas era solucionado com a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador. Assim, relata Delgado (2017, p. 175) que “não será a Constituição Federal ou a Lei federal necessariamente, mas a mais favorável ao trabalhador”. O autor tenta demonstrar que, quando a Constituição garante, por exemplo, que as horas extras deverão ter um acréscimo de 50%, ela não irá predominar sobre a norma coletiva que garanta uma hora extra de maior valor. Logo, não haveria hierárquica de normas e, assim, garantir-se-ia o princípio da adequação setorial negocial que em parte defende que, quando a norma autônoma juscoletiva que emerge para dar um plus, ou seja, para ampliar os direitos dos trabalhadores, não tem o que se questionar. Assim, ela deverá prevalecer, pois está beneficiando o empregado.

Com a reforma trabalhista, muitas foram as mudanças nessa seara, pois, como já foi dito anteriormente com a criação do art. 611-A da CLT, na reforma trabalhista, é possível que ocorra uma negociação que prejudique os trabalhadores e, mesmo assim, essa norma juscoletiva autônoma prevalecerá sobre a norma estatal. Esse fato deve trazer uma grande preocupação para o direito sindical brasileiro que deverá lutar para conquistar direitos, ainda mais.

Outro ponto relevante é quando ocorre o conflito entre as próprias normas coletivas, ou seja, uma categoria poderá ter uma convenção coletiva de trabalho e, ao mesmo tempo, um acordo coletivo de trabalho, e aí? Qual deverá prevalecer? A Lei 13.467/17 já trouxe uma resposta em seu artigo 620 da CLT, ou seja, antes da reforma trabalhista, era: “Art. 620: As condições estabelecidas em Convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acôrdo”, só que, após a reforma houve, uma alteração drástica, deixando o artigo assim: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Com isso, as teorias utilizadas antes para solucionar o conflito ficaram em desuso. O que se percebe é que a redação do art. 620 anterior à reforma trabalhista não prejudicava a aplicação do princípio da proteção e nem do subprincípio da condição mais benéfica.

Segundo Sá Filho (2019), a alteração que ocorreu no artigo 620, da CLT, padece de sério questionamento constitucional a partir do momento em que garante que o acordo coletivo prevalecerá sobre a convenção coletiva, mesmo que ela seja mais benéfica ao trabalhador.

Sendo assim, tal situação apresenta uma inconstitucionalidade em potencial, porquanto o caput do art. 7º da CRFB/1988 determina que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, teoricamente não dando margens para haver pioras em relação às situações dos respectivos prestadores de serviço, o que já é suficiente para questionar a disposição atual do referido art. 620 da CLT, uma vez que não dá outra opção senão respeitar sempre as condições de acordo coletivo de trabalho, em detrimento das de convenção coletiva de trabalho, ainda que se refira a uma melhor condição social, como reza o comando constitucional, devidamente complementado pelo seu inciso XXVI, o qual tutela ser direito daqueles, ainda, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. (SÁ FILHO, p. 155-156, 2019).

Isso que está ocorrendo é de trazer um grande desconforto para a classe trabalhadora, pois, quando não se garante a norma mais benéfica para o obreiro, pode-se estar ferindo princípios constitucionais como o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse é mais um desafio que deverá ser enfrentado pelo direito sindical, no Brasil, nas próximas décadas.

Como já se sabe, os instrumentos coletivos possíveis no Direito sindical brasileiro são as Convenções coletivas de Trabalho- CCT e os Acordos Coletivos do

Trabalho-ACT. O propósito desse tópico é analisar as cláusulas desses instrumentos, sejam elas obrigacionais ou normativas.

As convenções coletivas são mais amplas, pois elas se firmam por meio da representação sindical, ou seja, de um lado se tem a representação coletiva dos trabalhadores e do outro a representação coletiva dos empregadores. Já os acordos coletivos de trabalho ocorrem entre o sindicato dos trabalhadores e uma ou mais empresas. Segundo o artigo 611 da CLT,

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.

Assim, o que se percebe é que a grande diferença entre os instrumentos são os seus sujeitos e, após a Lei. 13.467/17, outra diferença diz respeito ao Acordo Coletivo de trabalho, pois ele se sobrepõe à Convenção coletiva de trabalho, mesmo que seja menos favorável ao trabalhador. Existe também a diferença do campo de abrangência dos efeitos do Acordo coletivo e da convenção coletiva, pois ambos possuem efeitos *erga omnes* nas suas cláusulas normativas só que, na Convenção, atinge a todos os que pertencem àquela categoria profissional e econômica, sejam eles filiados ou não. Já nos acordos, os atingidos serão os trabalhadores pertencentes à categoria que celebrou o acordo, sejam eles filiados ou não, mas apenas no âmbito da empresa.

Ressalta-se que o “art. 611, § 2.º: “As federações e, na falta destas, as confederações representativas de categorias econômicas ou profissionais, poderão celebrar contratos coletivos de trabalho para reger as relações das categorias a elas vinculadas, inorganizadas em sindicato, no âmbito de suas representações”. Ou seja, sempre haverá uma representação para as categorias na hora de uma negociação.

O principal objeto desses instrumentos coletivos é a instituição das cláusulas normativas que irão regular os contratos individuais de trabalho já existentes e os que poderão surgir enquanto perdurar a sua validade. Na verdade, eles irão gerar direitos e obrigações para as partes convenientes. Alguns exemplos das cláusulas normativas são:

as cláusulas que estipulam ajustes salariais, pisos salariais, horas extras acima do limite constitucional, as compensações de jornadas, as cláusulas que regulam o intervalo intrajornada, entre outros. Ou seja, são cláusulas que criam normas com efeitos *erga omnes* no contrato individual do trabalho para toda a categoria conveniente.

Os Acordos e as Convenções coletivas apresentam também as cláusulas obrigacionais, que possuem efeitos inter partes, essas cláusulas dizem respeito a obrigações e deveres que possuem as partes de acordo com o que foi negociado. Os instrumentos coletivos estudados, nesta tese, deverão ser celebrados de forma solene, ou seja, por escrito e seguir o procedimento da norma contida na CLT, no seu art. 614. Para Martinez (2014, p.8):

De acordo com a regra contida no *caput* do art. 614 da CLT, os sindicatos convenientes ou as empresas acordantes devem promover, conjunta ou separadamente, dentro de oito dias da assinatura da convenção ou acordo, o depósito do correspondente instrumento para fins de registro e arquivo no órgão competente do Ministério Público e Emprego. Feito o depósito do instrumento, ele entrará em vigor três dias depois (§ 1º do art. 614 da CLT). Para aumentar a publicidade, notadamente entre os interessados em seu conteúdo, o § 2º do precitado dispositivo celetista determina que, dentro de cinco dias da data do depósito, cópias autenticadas das convenções e dos acordos sejam afixadas de modo visível nas sedes dos sindicatos convenientes e nos estabelecimentos das empresas compreendidas em seu campo de aplicação.

Esses procedimentos visam dar publicidade ao acordo e à convenção coletiva e que, caso não ocorra, não irá inviabilizar os acordos e convenções coletivas de acordo com decisões do TST (TST - AIRR: 109513220175150061, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Publicação: DEJT 10/10/2019) e também a Constituição Federal brasileira proíbe à intervenção do Estado nos sindicatos.

2.2.5 Negociações coletivas, seus sujeitos e níveis da negociação

Foi durante o período da Revolução Industrial que surgiu a ideia da negociação, bem como a ideia de se criarem os sindicatos e o direito do trabalho. O intuito era tentar evitar a exploração do capital sobre o trabalho humano. Após um processo de amadurecimento do direito do trabalho, a negociação coletiva foi reconhecida como fonte formal do direito do trabalho que cria suas próprias normas jurídicas relativas ao contrato

individual do trabalho. A negociação coletiva tem como objetivo buscar a harmonia entre atores sociais envolvidos no conflito e fazer com que as relações trabalhistas sejam percebidas sob um olhar social, buscando regular o capital e o trabalho e trazer um ambiente mais democrático para as relações trabalhistas.

As definições para o termo negociação coletivas podem ser várias, segundo a doutrina. Para Nascimento (2003, p. 575):

... é forma de desenvolvimento do poder normativo dos grupos sociais segundo uma concepção pluralista que não reduz a formação do direito positivo à elaboração estatal ... é a negociação destinada à formação consensual de normas e condições de trabalho que serão aplicadas a um grupo de trabalhadores e empregadores.

Ainda para o mesmo autor, a negociação coletiva é muito importante para o sindicalismo nacional, pois é uma fonte que produz norma jurídica e expressa a autonomia do direito coletivo dos atores sociais e garante a liberdade sindical. Já para Magano (1990, p.127) a “negociação coletiva deve ser compreendida como o conjunto de procedimentos de auto-composição, tendentes à superação de um conflito coletivo”. Nas palavras de Brito Filho (2017), a negociação coletiva é um processo que ocorre entre empregados e empregadores que visa ao entendimento de interesses divergentes com a finalidade de estabelecer normas e novas condições de trabalho.

O que se percebe é que as definições com relação às negociações coletivas são bem tradicionais e sempre envolvem um processo de auto-composição. Para Batalha (1994), esse processo de autocomposição envolve o interesse entre os trabalhadores e os empregadores com o objetivo de regular e fixar condições de trabalho entre as partes. Nesse caso, é obrigatória a participação dos sindicatos dos trabalhadores na negociação.

Diante de tantas definições tradicionais que não observam o cenário global das relações trabalhistas, emergem alguns autores mais modernos que chegam a definir a negociação coletiva, como:

[...] uma metodologia de composição de interesses contrapostos, que permite a mais ampla participação política, social e econômica dos sindicatos, em processo de verdadeira co-gestão, bem como sua apropriação como instrumento da moderna técnica de gerenciamento e administração empresarial. (ROBORTELLA, 1998, p.241)

Logo, a definição de negociação coletiva é quase a mesma para todos os autores, ou seja, um momento preliminar de autocomposição para se chegar por meio da negociação a criação de normas coletivas que irão reger o contrato de trabalho.

É possível também a definição da negociação coletiva pela norma legislativa, sendo que a legislação não teve a preocupação clara com essa definição. O Decreto-Lei nº 5.452, que deu origem à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) não traz uma definição de negociação coletiva nos seus Títulos V (Da Organização Sindical) e VI (Das Convenções Coletivas de Trabalho). É preciso compreender que a falta dessa definição ocorreu, pois, no Estado Novo, o objetivo era de manter os sindicatos sob controle. O Estado temia que os sindicatos ganhassem força e se opusessem ao governo. Com isso, a ideia inicial dos sindicatos era a de prestar serviços assistenciais aos seus representados e ao Estado caberia a função de conceder benefícios e melhores salários para as categorias quando achasse necessário, e com isso a negociação coletiva não era viável naquele momento.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem um papel fundamental na inserção da negociação coletiva no direito sindical brasileiro por meio de duas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Ou seja, a Convenção de nº 98 e a Convenção de nº 154, que, respectivamente, tratam do direito de sindicalização e da negociação coletiva e do fomento à negociação coletiva. A Convenção nº 98, em seu artigo 4º, relata que:

Art. 4 — Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego.
(Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_235188/lang-pt/index.htm)

Esse instrumento fala sobre as medidas que o Estado deve tomar para garantir a negociação coletiva. A Convenção nº 154 traz, em seu artigo 2º, a definição de negociação coletiva, que é:

Art. 2 — Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias

organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:

- a)fixar as condições de trabalho e emprego; ou
- b)regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c)regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Assim, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) demonstra a importância da negociação coletiva para o direito sindical, e a ratificação dessas convenções pelo direito pátrio garante a tentativa de sua aplicação. A Carta Magna de 1988 traz, em seu bojo, a regulamentação das relações coletivas de trabalho e coloca a negociação coletiva como regra no art. 8º, VI, buscando efetivar um dos maiores princípios garantidos pela CF/1988, ou seja, por meio do princípio da interveniência sindical, busca-se garantir o princípio da dignidade humana, do valor ao trabalho e da livre iniciativa, com a efetiva participação dos sindicatos dos trabalhadores.

Além das convenções citadas, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) também aprovou as Recomendações, que são fontes de direito material, de nº 91 e nº 163, que tratam das negociações coletivas e de seu fomento no direito sindical brasileiro.

A negociação coletiva foi uma das grandes conquistas do direito sindical brasileiro, pois deu a possibilidade de se ter certa liberdade sindical e garantir a autonomia privada coletiva dos entes envolvidos sem a intervenção do Estado. Para Gino Giugni, a partir da metade do século XIX, o direito coletivo passa a se desenvolver como:

expressão e regulamentação da autonomia dos grupos profissionais que, na sua dinâmica conflitual, foi se inclinando, paulatinamente, para a forma de produção normativa dirigida para a eliminação das consequências resultantes da diversidade de poder dos protagonistas da vida produtiva (1991, p.15).

A negociação coletiva teve seu início no século XIX, mas ela surgiu antes da criação dos sindicatos, que não é um fato esperado, pois se espera que, em primeiro lugar, surjam os sindicatos e, depois, a negociação coletiva, mas não foi assim que ocorreu. Com os constantes conflitos dos trabalhadores que começam a se unir e fazer greve, os empregadores se sentiram obrigados a negociar. Na verdade, a organização dos trabalhadores em sindicatos teve que superar várias fases, ou seja, a proibição, a tolerância e o seu reconhecimento jurídico. A fase de proibição se deu no início da Revolução Industrial, nos países europeus, em que o Estado reprimia qualquer tipo de coalizão dos trabalhadores com a desculpa de que isso iria impedir o crescimento da economia dos

países, chegando o Estado a caracterizar como crime de conspiração a criação dos sindicatos.

Nesse cenário, os trabalhadores sentiam a necessidade de se articularem e se unirem para evitar as situações precárias de trabalho que lhes eram oferecidas na relação capital x trabalho. A proibição do sindicalismo só fez com que os trabalhadores percebessem como era importante que eles se unissem em defesa de seus interesses. Quando o Estado percebeu que a sua estratégia de proibição não funcionava, ele mudou de tática e passou a tolerar os sindicatos e, com isso, as leis que consideravam os sindicatos e os sindicalizados como crime de conspiração foram revogadas e até criaram algumas leis autorizando o direito de associação.

Já no final do século XIX e início do século XX, veio a fase do reconhecimento jurídico dos sindicatos em que o Estado passa a regular o direito de associação sindical, colocando os sindicatos como um verdadeiro braço do Estado. Com isso, o sindicato teria a função de prestar um serviço assistencialista aos seus sindicalizados e, com isso, estava se criando um novo formato de sindicato que se contrapunha às ideias de Marx e Engels. Esse modelo não perdurou muito tempo na Europa, diferentemente do que ocorreu no Brasil, com as indústrias cada vez mais fortes os sindicatos também se fortaleciam e queriam apenas a chancela do Estado. Assim, fica claro que os sindicatos surgiram como forma de proteger os interesses dos trabalhadores contra as arbitrariedades do modo de produção capitalista. Para Amauri Mascaro Nascimento (2015, p.41):

Não se nega que os sindicatos tiveram origem nas corporações de ofício, surgidas ainda na Idade Média (Século XII). Essas corporações tinham como objetivo regulamentar as regras gerais dos ofícios existentes, o preço dos produtos, as margens de lucro, distribuindo o povo entre mestres, oficiais e aprendizes, onde os primeiros ensinavam os ofícios, os segundos os praticavam, enquanto os terceiros aprendiam com os mestres para se tornarem oficiais também. Para se conseguir trabalho era necessário participar da corporação respectiva, sob pena de ser excluído do mercado de trabalho. Nota-se que esse modelo pode ter dado origem ao atual sistema capitalista, onde os mestres seriam representados pelos patrões, enquanto os oficiais e aprendizes seriam os atuais e futuros trabalhadores. As corporações de ofício foram abolidas no final do Século XVIII, com a revolta dos oficiais contra a exploração imposta pelos mestres, contaminada pelos ideais libertários da Revolução Francesa de 1789.

Assim, para Arouca (2016, p.14), “a denominação sindicato advém de uma forma de organização associativa de trabalhadores”, os sindicatos emergiram da categoria

dos trabalhadores e de suas necessidades, por isso é tão importante garantir a existência dos sindicatos, bem como, das negociações coletivas.

Por certo tempo, os sindicatos eram considerados pessoa jurídica de direito público, pois havia uma forte intervenção e regulação por parte do Estado. Com a queda do nazi-fascismo na Europa, esse cenário mudou, passando os sindicatos a ser considerados como pessoas jurídicas de direito privado, em que não há mais a intervenção do Estado, ou seja, não cabe ao Estado intervir nas ações ou estatutos dos sindicatos. Esse é o modelo mais atual e moderno que é adotado em quase todos os países que possuem um sindicalismo mais moderno e avançado.

Foi apenas com a Carta Magna de 1988, que o Brasil passou a considerar os sindicatos como pessoa jurídica de direito privado, pois, antes disso, os sindicatos eram considerados braço do Estado, seguindo o modelo corporativista do regime fascista da Itália. Ainda não é possível dizer que o Brasil se libertou totalmente desse modelo corporativista de Vargas, pois a Constituição Federal de 1988 ainda prevê a unicidade sindical no seu art. 8º, II, apesar de o art. 8º, I, falar que: “a Lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”, logo não poderá ter a intervenção do Estado nos sindicatos, ressalvada a questão da análise da unicidade sindical o qual, segundo o Supremo Tribunal Federal, em sua súmula 677, diz que “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” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2316>).

Para Almeida (2013, p.2), os sindicatos brasileiros eram corporativistas, pois

De fato, a criação de sindicato dependia do rígido quadro de enquadramento sindical elaborado pela famigerada Comissão de Enquadramento Sindical, da adoção de um estatuto padrão e da expedição pelo então denominado Ministério do Trabalho da carta sindical. Uma vez gestado o sindicato no seio do Ministério do Trabalho, este exercia ampla interferência na sua vida, especialmente no controle das eleições sindicais. Finalmente, o Ministério do Trabalho podia intervir administrativamente nos sindicatos, afastando diretorias e nomeando juntas governativas, e, inclusive, cassando a carta sindical, sobretudo quando ideologicamente a direção sindical fugisse das diretrizes políticas governamentais. Portanto, o modelo sindical brasileiro era perfeitamente corporativista, isto é, controlado e instrumentalizado pelo Estado, contrariando frontalmente o modelo sindical democrático, consagrado pela Convenção n. 87 de 1948 da OIT, sobre a liberdade sindical.

O modelo corporativista da Era Vargas já vinha perdendo força mesmo antes da CF/1988, em especial com um movimento que se chamava “ Novo sindicalismo”, que surgiu no fim da década de 70, início da década de 80, com o movimento do ABC paulista. Nesse cenário, a liberdade sindical começa a emergir, porém, com algumas restrições, como a unicidade sindical, que vigora até hoje. A contribuição obrigatória que vigorou até o advento da Lei 13.467/2017, bem como o conceito de categoria e o poder normativo da Justiça do Trabalho. Todas essas restrições fizeram com que o Brasil não pudesse ratificar a Convenção nº 87 da OIT. Com isso, não conseguiu garantir o princípio da liberdade sindical como um direito fundamental. Assim, o Brasil possui um modelo de liberdade sindical parcial que não pode ser considerada na sua plenitude.

No Brasil, diante do que foi exposto, não resta dúvida de que o direito sindical, coletivo possui natureza jurídica de direito privado. Com relação à natureza jurídica das negociações coletiva, há muito que se discutir, pois há divergência entre os doutrinadores. Podem ser levantadas as seguintes questões: seria o direito à negociação coletiva um direito subjetivo em sentido estrito? Ou seria o direito à negociação coletiva uma liberdade pública que advém da autonomia coletiva privada ou um direito social de natureza procedimental? Ou seja, a sua natureza é de direito processual, procedimental ou substancial? De acordo com o artigo 616 da CLT, “Os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva” assim, teriam as negociações coletiva a natureza contratual, ou seja, teriam autonomia privada na negociação e, com isso, podem-se auto-regulamentar na defesa de seus interesses. E, com essa liberdade de contratação, poderá surgir a obrigatoriedade de contratar, que iria se contrapor à autonomia privada coletiva que deverá ser sempre voluntária e nunca obrigatória.

Outra corrente doutrinária defende que a negociação coletiva seria o início do surgimento do acordo ou da convenção coletiva e, assim, seria uma fase contratual da negociação e, por isso, processual. Já outra corrente defende que a negociação coletiva seria um direito que se possui de negociar, ou seja, de se sentar à mesa e discutir os interesses das partes e, com isso, seria um direito ao processo negocial. Diante disso, é possível que a negociação coletiva seja uma fase inicial do processo de negociação e não uma obrigação contratual. Com isso, o processo negocial teria as suas fases respeitadas em que seriam deliberados os interesses dos atores sociais envolvidos na negociação.

A negociação coletiva é a expressão máxima da existência do espaço democrático no direito sindical brasileiro e a demonstração da garantia do princípio constitucional de um direito fundamental aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, garantindo, assim, a autonomia privada do direito coletivo.

Na negociação coletiva, é possível perceber que os seus sujeitos poderão englobar uma diversidade de sujeitos. Assim, poderão ser levados em consideração interesses nacionais com a participação do próprio Estado como um ator social na negociação coletiva, representando a administração pública. Pode-se ter, também, como um dos polos a empresa - ou empresas - e seus respectivos sindicatos e, no outro polo, o sindicato dos trabalhadores.

O estímulo à negociação coletiva, em seus vários níveis, está previsto internacionalmente na Recomendação nº 163, de 19/06/1981, da OIT, que diz:

4. (1) Medidas condizentes com as condições nacionais devem ser tomadas, se necessário, para que a negociação coletiva seja possível em qualquer nível, inclusive o do estabelecimento, da empresa, do ramo de atividade, da indústria, ou nos níveis regional ou nacional.

(2) Nos países em que a negociação coletiva se desenvolve em vários níveis, as partes da negociação devem procurar assegurar-se de que haja coordenação entre esses níveis.

5. (1) As partes da negociação devem tomar medidas para que seus negociadores, em todos os níveis, tenham a oportunidade de passar por treinamento adequado.

(2) As autoridades públicas podem oferecer, a pedido, assistência a organizações de empregadores e de trabalhadores nesse treinamento.

(3) O conteúdo e a supervisão dos programas desse treinamento devem ser definidos pela apropriada organização em causa, de trabalhadores ou de empregadores.

(4) Esse treinamento não prejudicará o direito de organizações de trabalhadores e de empregadores de escolherem seus próprios representantes para fins da negociação coletiva. (Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242737/lang--pt/index.htm. Acesso em 07/10/2020 às 08:51)

Esse mesmo estímulo também pode ser encontrado nas Convenções internacionais de nº 98, em seu art. 4º, e na Convenção de nº 154, na parte III, da OIT, que dizem respectivamente:

Art. 4 — Deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às

condições nacionais, para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária entre empregadores ou organizações de empregadores e organizações de trabalhadores com o objetivo de regular, por meio de convenções, os termos e condições de emprego. Disponível em: (https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm) Acesso 07/10/2020

PARTE III ESTÍMULO À NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Art. 5 — 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;

b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a, b e c do artigo 2 da presente Convenção;

c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;

d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;

e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva. Disponível em:

(https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm) Acesso 07/10/2020.

Diante disso, o que se percebe é que a negociação coletiva em seus mais diversos níveis de representatividade está assegurada tanto internacionalmente como nacionalmente. Ela poderá abranger apenas os seus filiados, como ocorre na Itália, bem como poderá atingir toda a categoria como ocorre no Brasil, por possuir o efeito *erga omnes*. É válido ressaltar que os níveis de negociação deverão ser garantidos tanto interna, ou seja, no âmbito da empresa, e também nacionalmente.

Fazendo uma análise de direito comparado, pode-se perceber que as negociações coletivas ocorrem de maneira diversa em vários países. Na Itália, a negociação coletiva ocorre de forma direta, ou seja, as próprias empresas ou as associações dos empregadores podem participar de todo o processo das negociações. Já na Espanha, o processo é bem parecido com a Itália, ou seja, os trabalhadores são representados pelos seus sindicatos ou por algum órgão sindical, e os empregadores podem participar diretamente ou com representação das negociações (BENITES FILHO, 1997). Nos Estados Unidos, a

negociação ocorre diretamente com as empresas e só quem pode negociar é o sindicato dos trabalhadores, ou seja, o sindicato dos trabalhadores é o único representante dos trabalhadores nas negociações coletivas.

No modelo brasileiro, os sindicatos dos trabalhadores devem participar da negociação coletiva obrigatoriamente, segundo a Constituição Federal de 1988 e o princípio da interviniência sindical. Logo, de um lado, tem-se o sindicato dos trabalhadores e, do outro, pode-se ter tanto a empresa como as empresas, bem como o sindicato dos empregadores negociando. Na falta do sindicato que represente as categorias, a representação poderá ocorrer pela federação e, na falta desta, pela confederação.

2.3 O DIREITO SINDICAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.467/17

Dentro de uma estrutura capitalista, as normas de direito do trabalho são consideradas como normas de direitos humanos. Esse preceito é de grande importância para a garantia dos direitos sociais, resguardados na Constituição Federal de 1988. A reforma trabalhista que ocorreu em 2017, com a aprovação da Lei 13.467/17, é considerada para muitos autores como um retrocesso dos direitos conquistados pela classe de trabalhadores. Essa (de)forma modificou vários artigos da Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 – CLT e, com isso, muitas foram as modificações que se diziam buscar a flexibilização das normas trabalhista para garantir mais empregos e o que na verdade se constatou foi uma precarização das relações de trabalho, aumentando absurdamente os índices de emprego informal no Brasil e de desemprego.

Neste tópico da tese, não serão tratadas especificamente as alterações sofridas pela classe trabalhadora com a reforma, pois isso será tratado posteriormente, já que uma das consequências dessas mudanças é o desempoderamento dos sindicatos brasileiros.

O que será levada em consideração, neste momento, é a possível inconstitucionalidade da Lei 13.467/17, que viola o artigo 7º, caput da CF/1988, que trata da melhoria da condição social da classe trabalhadora e do pacto comunicativo constitucional de formação da norma constitucional. O artigo 7º da Carta Magna garante os direitos mínimos dos trabalhadores que são limites constitucionais em que não há a possibilidade da exploração do homem pelo capital.

O modelo capitalista que transforma o trabalhador em coisa possui os seus

limites no pacto constitucional e nos direitos mínimos preservados por ele. Assim, não é possível a redução desses direitos, pois só será possível a sua ampliação. Como já defendido, aqui, nesta tese, o artigo 7º resguarda os direitos sociais que são direitos fundamentais e humanos e, por isso, cláusulas pétreas.

Logo, toda vez que o direito público ou privado quiser ferir esses direitos positivados deverá ser considerado inconstitucional, pois fere a vontade comunicativa do povo defendida na Carta Magna de 1988.

Assim, a Lei 13.467/17, a conhecida reforma trabalhista, reduz direitos trabalhistas conquistados com muita luta pela classe trabalhadora brasileira e fere o caput do art. 7º, que diz: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Percebe-se que, como a norma é menos favorável aos trabalhadores, ela fere a melhoria da condição social dos trabalhadores e, com isso, deveria ser considerada inconstitucional.

A reforma trabalhista foi implantada sob o pretexto de que era necessária a modernização das normas trabalhistas para que elas se adequassem ao novo modelo das relações de trabalho e, por isso, era necessário flexibilizar as normas trabalhistas. Assim, a Lei 13.467/17 modificou vários artigos da CLT, mudanças essas que não chegaram a ser discutidas com os atores sociais, pois tudo ocorreu em quatro meses e ocasionou mudanças do direito material e processual trabalhista profundamente. Com isso, várias instituições se manifestaram com relação à possível inconstitucionalidade dessa Lei, bem como foram judicializadas várias ADIs.

A ANAMATRA que é a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho se manifestou desde o início contra a reforma. A Organização Internacional do Trabalho – OIT, no relatório do Comitê de Peritos, também se manifestou de forma contrária à reforma brasileira.

A Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, desde o início, lutou para que os princípios trabalhistas fossem resguardados com a reforma trabalhista, bem como alegou várias inconstitucionalidades no texto, mas não logrou êxito. A nota técnica elaborada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, juntamente com a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas – ABRAT e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT. Nessa nota técnica, a PL 38/2017 é fortemente criticada, pois fere os direitos dos trabalhadores, garantidos na CF/1988 e cria sérios obstáculos ao acesso à justiça por parte dos trabalhadores.

A norma técnica relata que:

Após intensa leitura e debate das entidades signatárias sobre o texto do PLC 38/2017, verificamos que a proposta de Reforma Trabalhista segue uma perversa lógica: a) ao invés de combater o descumprimento da legislação trabalhista, dificulta o acesso à justiça pelo trabalhador; b) ao invés de buscar a prevenção de acidentes do trabalho, limita as indenizações por dano extrapatrimonial (moral, estético e existencial) desses infortúnios; e c) em nenhum momento, o projeto garante alguma regra para manutenção dos empregos daqueles que já estão empregados. A proposta em comento cria um cardápio de contratos de trabalho e de emprego precários, facilitando a redução da proteção social dos trabalhadores brasileiros e fomentando a mera substituição dos contratos de trabalho a tempo indeterminado (com mais proteção e mais direitos) por contratos fraudulentos, por contratos temporários e por contratos de trabalho em que o empregado pode receber abaixo do salário mínimo mensal.

(<http://www.anpt.org.br/attachments/article/3112/Nota%20T%C3%A9cnica%20Conjunta%20-%20Reforma%20Trabalhista.pdf>) Acessado em 15-10-2020

Logo, percebe-se que as instituições não concordaram com a reforma trabalhista e lutaram para que houvesse alterações em seu texto, pois, para eles, “o PLC 38/2017 revoga, sim, direitos sociais trabalhistas penosamente conquistados ao longo do tempo” (<http://www.anpt.org.br/attachments/article/3112/Nota%20T%C3%A9cnica%20Conjunta%20-%20Reforma%20Trabalhista.pdf>). Dessa forma, a intenção do legislador ao aprovar a reforma trabalhista seria evitar que os trabalhadores hipossuficientes busquem seus direitos na justiça do trabalho. Muitos pontos relevantes, com relação à inconstitucionalidade da reforma trabalhista, são levantados na norma técnica que foi apresentada ao Senado Federal, e um desses pontos é a inconstitucionalidade do art. 442-B, da CLT. Segundo a norma técnica,

o artigo 442-B, além de contrariar o princípio da primazia da realidade, que informa o direito do trabalho, atinge também o disposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que garante o acesso à justiça, pois obsta o reconhecimento da condição de empregado ao trabalhador contratado como autônomo, ainda que caracterizada, na realidade, a relação de emprego, nos termos do art. 3º da CLT. Fere, ademais, o art. 7º, inciso I, da Constituição, que assegura a trabalhadores urbanos e rurais a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”, na medida em que retira o próprio direito à relação de emprego e seus consectários do trabalhador contratado como autônomo, ainda que este trabalhe em regime de não eventualidade e com exclusividade para o empregador. Exclui o trabalhador da proteção trabalhista, prevista nos incisos do art. 7º da Constituição, e também da Previdência Social. Daí a sua inconstitucionalidade.

Algumas inconstitucionalidades se referem a questões materiais e outras são inconstitucionalidades formais referentes ao poder de legislar. Assim, a Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas – ABRAT, o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIT, a Associação LatinoAmericana de Advogados Laboralistas – ALAL, a Associação Latino-americana de Juizes do Trabalho – ALJT e a Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho – JUTRA, desde o início, manifestaram-se contrariamente à reforma trabalhista. Desde o Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017, que se buscava alterar a Consolidação das Leis do Trabalho-CLT e também as Leis nº 6.019/1974, 8.036/1990 e 8.212/1991, que tinham o propósito de trazer adequações às novas relações de trabalho.

A organização Internacional do Trabalho- OIT, por meio de seu Comitê de Peritos, em seu relatório de 2018, condenou a reforma trabalhista brasileira. Assim,

O relatório anual do Comitê de Peritos para Aplicação das Convenções e das Recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT, divulgado na terça-feira, 6 de fevereiro, condenou a reforma trabalhista aprovada pelo Congresso Nacional, que entrou em vigor no dia 11 de novembro do ano passado.

Ao analisar como o Brasil está aplicando a Convenção nº 98, que trata do direito de sindicalização e negociação coletiva dos trabalhadores e trabalhadoras, o Comitê de Peritos questionou item da nova Lei trabalhista que estabelece que o negociado prevalece sobre o legislado. A Convenção é considerada como uma das principais da Organização. Eles também mencionaram no relatório a regra que estabelece que o acordo individual pode se sobrepor ao acordo coletivo, já que o objetivo da negociação coletiva é que esta resulte em melhores condições de trabalho do que as já previstas em Lei. A inclusão desses itens no relatório do Comitê de Peritos e as considerações preocupantes sobre a reforma trabalhista, na prática, significam que o Estado brasileiro poderá estar dentro da lista de casos graves a serem analisados durante a próxima Conferência Internacional do Trabalho da OIT, que será realizada entre os dias 28 de maio a 8 de junho deste ano, em Genebra, na Suíça.

O Estado brasileiro poderá ter que responder internacionalmente por violações não só à Convenção nº 98, mas também às Convenções nº 151, que trata da negociação coletiva entre trabalhadores do serviço público e as três esferas de governo, e nº 154, que trata do incentivo à negociação coletiva. Disponível em: <https://sinait.org.br/site/noticia-view?id=15406%2Fcomite+de+peritos+da+oit+condena+reforma+trabalhista+do+brasil>) Acessado em 15-10-2020.

A preocupação inicial do Comitê de peritos é a violação das Convenções nº 98, 154, que tratam das negociações coletivas e da Convenção nº151, que trata das relações

de trabalho na administração pública. Segundo o comitê, os artigos 611-A e 611-B, que foram inseridos pela Lei. 13.467/2017, prejudicam os trabalhadores na medida em que possibilita a prevalência do negociado sobre o legislado, pois suprime direitos dos trabalhadores. Outra preocupação é a criação da figura do hiperssuficiente, que poderá negociar individualmente sem a participação do sindicato, e isso poderá retirar direitos dos trabalhadores, que sempre serão o hipossuficiente da relação trabalhista. Diz o artigo 444 da CLT:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o **caput** deste artigo 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. [\(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017\)](#)

Outra preocupação é o art. 442-B, que trata sobre a contratação do autônomo que diz que: “A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3o desta Consolidação.(Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)” essa alteração exclui uma classe de trabalhadores e isso não é permitido pelas convenções internacionais. Assim, o que se percebe é que a reforma trabalhista não condiz com as convenções internacionais da OIT, que foram ratificadas.

Diante de tantas mudanças cuja constitucionalidade fora questionada, o que houve foi uma sequência de ADIs promovidas pelas federações e confederações dos trabalhadores, e também de outras instituições, que não se conformaram com a mitigação de uma série de direitos trabalhistas, conquistados ao longo da história. O que se pode concluir de tudo isso é que a reforma trabalhista não foi discutida com a sociedade e muito menos com as instituições afetadas diretamente com a reforma, e isso gerou uma certa insegurança jurídica, que fere as bases de sustentação das democracias deliberativas, e que dão sustentação ao Estado Democrático de Direito.

Na verdade, o pluralismo social, cultural e político, que se vivencia no Brasil, acaba por agravar a ideia de que o poder judiciário deve, em suas decisões, julgar questões valorativas de acordo com a sociedade de cada época. Nesse contexto, em que o judiciário

poderia intervir em questões políticas como a invalidação das normas aprovadas pelo legislativo, percebe-se uma tensão entre o controle de constitucionalidade e a democracia.

Para sanar a tensão entre o controle de constitucionalidade e a democracia, Cass Sunstein propõe uma solução judicial denominada de minimalismo judicial²⁰, que segundo Cláudio Laderia de Oliveira (2008, p.11):

O “minimalismo” possui dois aspectos, um “procedimental” e outro “substancial”. O primeiro refere-se principalmente às peculiaridades institucionais do poder judiciário e consiste numa série de recomendações – de caráter “formal” – aos juristas para que evitem utilizar argumentos filosoficamente profundos e controversos ao formular e fundamentar decisões judiciais concretas. É “formal” no sentido de que a princípio é compatível com diversos pontos de vista morais, políticos ou filosóficos apenas cuidando do nível de abstração da argumentação efetivamente utilizada para suportar a decisão judicial. Já o segundo se refere ao conteúdo específico que o minimalismo deve promover nas decisões: as “pré-condições para o bom funcionamento de uma democracia constitucional”. Estas constituem a “moralidade interna da democracia” a qual exige “igualdade política, participação, deliberação racional e responsabilidade política [accountability] (no sentido de que deve responder às múltiplas vozes do público)”

Enfim, o minimalismo enquanto “procedimento” recomenda argumentações modestas, enfrentando o problema do desacordo razoável duradouro; enquanto “substância” promove a deliberação democrática nas instituições politicamente responsáveis. E a conjugação destes elementos articula corretamente os distintos papéis institucionais dos poderes judiciário e legislativo.

Assim, para que se possa considerar a reforma trabalhista como inconstitucional, o minimalismo requer um procedimento tanto formal como substancial, ou seja, considerar-se-á a lei 13.467/17 inconstitucional uma vez que ela foi aprovada e sancionada sem a deliberação democrática necessária, não tendo havido discussão com os atores sociais e muito menos com a sociedade em geral sobre as mudanças severas que essa norma implementou na legislação trabalhista brasileira.

Para a teoria do minimalismo judicial, a ideia de que os juízes ou tribunais poderiam fazer julgamentos que trazem em si valores políticos, sociais, morais e religiosos, como se esses valores fossem unânimes, está equivocada, pois estes só poderiam intervir de forma mínima e em questões pontuais.

²⁰ SUNSTEIN, Cass. *Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1996, *One Case at a Time: judicial minimalism on the supreme court*. Cambridge: Oxford University Press, 1999, *Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for america*, New York: Basic Books, 2005, e *Designing Democracy: what Constitutions do?* New York: Oxford University Press, 2001

Em uma democracia deliberativa é inaceitável que os tribunais e juízes tenham a tarefa de decidir sobre os valores sociais de uma sociedade, mesmo que se admita um consenso social divergente do poder legislativo, pois entre o legislativo e o judiciário o legitimado para tomar essas decisões é o legislativo. Mesmo que argumentos como o despreparo do legislativo ou de que o legislativo só representa uma minoria da sociedade, ainda assim esse argumento não seria suficiente para dar ao judiciário o poder de julgar questões de cunho social, moral, ou seja, questões de valores.

Quando se trata do juiz ou tribunal minimalista, este sabe que a obstrução de processos políticos não é boa para a democracia e o juiz não pode conhecer todos os saberes humanos. Rawls supõe que (2000, p. 138): “os homens sofram de várias deficiências de conhecimento, pensamento e julgamento. Seu conhecimento é necessariamente incompleto, seus poderes de raciocínio, memória e atenção são sempre limitados, e seu julgamento tende a ser distorcido pela ansiedade, pelo preconceito e pela preocupação com seus próprios interesses.” Logo, o juiz seria limitado nas suas decisões, pois não poderá prever as consequências da sua decisão na sociedade. Assim, para Sunstein (2007, p.04) “If it is clear that a decision would outrage the public and that such outrage would be both intense and very harmful, courts have reason to hesitate before invalidating the decisions of the elected branches”²¹. É necessário que os juízes, antes de tomarem as suas decisões judiciais, levem em consideração os impactos que poderão ser causados na sociedade. Assim, as suas decisões ficam limitadas a questões que não interfiram em questões públicas e de valores fundamentais. O minimalismo promove a democracia se for aplicado corretamente.

Em uma sociedade pluralista, encontrar os limites do poder judiciário e garantir uma democracia deliberativa²² se torna algo fundamental e a abordagem trazida por Cass R. Sunstein seria uma abordagem alternativa para as sociedades comprometidas com o diálogo. Para o autor (2005, p.150) “In a deliberative democracy, the exercise of public power must be justified by legitimate reasons – not merely by the will of some segment of society, and indeed not merely by the will of the majority”²³

²¹ Se ficar claro que uma decisão tomada por um tribunal indignaria o público de uma forma intensa é possível que o tribunal hesite em tomar tal decisão, que possa invalidar as decisões do poder legislativo. (Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/248/).

²² Em sentido amplo, o conceito de democracia deliberativa se refere à ideia de que o processo legislativo legítimo brota da deliberação pública dos cidadãos e evoca ideais de participação racional, política participativa e autogoverno (BOHMAN; REGH, 1997).

²³ Em uma democracia deliberativa, o exercício do poder público deve ser justificado por razões legítimas - não apenas pela vontade de algum segmento da sociedade, e na verdade não apenas pela vontade da maioria.

Partindo desse raciocínio é que esta tese defende a ideia de que a reforma trabalhista (Lei. 13.467/17) deveria ser considerada inconstitucional, pois padeceu de um diálogo com os atores sociais e com a sociedade em geral. Ou seja, as decisões que promovem o ambiente democrático devem estar alicerçadas por uma discussão prévia e, posteriormente, promovida pelo poder com maior representatividade apto a promover tais reformas, de modo que o fato de não existir um debate prévio com a sociedade de uma lei aprovada “a toque de caixa”, da noite para dia, faz com que o ambiente democrático seja desrespeitado, uma vez que a maioria da população não está ali representada.

2.3.1 As alterações para o Direito coletivo diante da Lei 13.467/17

Neste tópico da tese serão analisadas as várias alterações que a reforma trabalhista trouxe para o direito sindical e o seu conseqüente desempoderamento. Com isso, irá se demonstrar qual o papel dos sindicatos nesse novo cenário e quais as medidas deverão ser tomadas para tentar fazer com que os sindicatos voltem a ter força nas negociações e assim possam evitar esse novo modelo de política trabalhista que o governo vem implantando no país.

O cenário político em que a reforma trabalhista foi aprovada era de um governo inapropriado para a discussão de uma reforma trabalhista “isso porque elas foram aprovadas por um governo ilegítimo e um parlamento eivado de fraudes e ilegalidades de toda ordem” (ANTUNES. 2018, p.293).

Dito isso, tem-se que a Lei 13.467/17 incrementou muitas mudanças no direito coletivo do trabalho. De início houve a implementação do artigo 510-A ao 510-D da CLT que, trata da representação dos trabalhadores nas empresas. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 11, que diz: “nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”, já assegurava essa representação mais ainda não havia uma legislação que a garantisse, e a Lei 13.467/17 traz essa inovação infraconstitucional.

Outra alteração foi no Título V, que trata da organização sindical que fez com que a contribuição sindical obrigatória passasse a ser facultativa. Essa contribuição antes da reforma trabalhista era devida por todos os trabalhadores independentemente de

filiação e correspondia a um dia de trabalho por ano. Os autores Pontes e Vasconcelos (2018, p.116) relatam que:

A extinção do imposto sindical obrigatório teve, recentemente, sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesta ocasião a Ministra Rosa Weber, baseando-se em sua visão constitucional, entendeu ser plenamente distanciada a ideia de pluralismo, sendo imposta a unicidade sindical para a legitimidade da representação da atuação sindical e que é nesse cenário que surge a contribuição compulsória, que ao longo dos anos vem se mostrando ser a principal fonte de receita para a manutenção dos sindicatos.

Contudo, mesmo plausível diante da visão constitucional, a ministra citou dados relevantes que demonstraram uma queda de 79,6% na arrecadação da contribuição sindical e disse: “É inegável, portanto, o enorme prejuízo na arrecadação do sistema sindical brasileiro, com profundos reflexos na atuação das entidades sindicais como agentes centrais da representação coletiva trabalhista, responsáveis pela defesa dos interesses e direitos de todos os integrantes das respectivas categorias”.

Conforme dito acima, a retirada da contribuição compulsória foi considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal- STF, mas muitas críticas podem ser tecidas pela forma da retirada brusca sem dar a oportunidade aos sindicatos de se reorganizarem com a falta dessa contribuição. A autora desta tese não é a favor da contribuição compulsória, pois defende a liberdade sindical inclusive tem livro publicado a respeito, mas também vale reiterar que a forma como foi retirada a contribuição compulsória por uma Lei aprovada por um governo ilegítimo e sem discussão com a sociedade não foi a melhor maneira de isso acontecer. Na verdade, ao ver da autora da tese, o intuito era realmente enfraquecer os sindicatos tendo em vista que a mesma reforma trabalhista, em seu Título VI, também criou a regra do negociado sobre o legislado e para quê? se o sindicato perdeu a força! Sem a contribuição sindical, muitos sindicatos fecharam as portas. O certo seria ter dado um prazo de no mínimo dois anos para que os sindicatos se reorganizassem e só depois a contribuição sindical poderia passar a ser facultativa. A contribuição sindical passou a ser facultativa com a reforma trabalhista e deve ser autorizada de forma expressa pelo sindicalizado. Para Ricardo Antunes (2018, p. 293),

Essa reforma desfigura em definitivo a CLT, ao instituir o preceito do negociado sobre o legislado, que elimina o patamar basal dos direitos, e também ao introduzir o nefasto trabalho intermitente (de que tratamos especialmente no capítulo 2 deste livro), além de restringir em muito a abrangência da Justiça do Trabalho – cuja extinção é o objetivo verdadeiro do empresariado brasileiro –, entre tantos outros aspectos nefastos. Vale recordar

que a Justiça do Trabalho nasceu no Brasil com a missão precípua de “conciliar o capital com o trabalho”. Na era da devastação, nem a conciliação está no universo imediato das “classes proprietárias”. Talvez seja melhor, então, defini-las como “classes predadoras”.

Quando o negociado se sobrepõe ao legislado, incorre-se na possibilidade de se ter direitos antes garantidos sendo retirados principalmente porque os sindicatos brasileiros estão desempoderados com a reforma trabalhista. O que a reforma trabalhista fez também foi inserir na CLT os artigos 611-A, que é um rol exemplificativo e o 611-B, que também pode ser considerado exemplificativo segundo alguns autores e um rol taxativo para outros doutrinadores e com isso esses artigos serão responsáveis pelas possíveis alterações nos direitos dos trabalhadores dentro dos ACTs e das CCTs. Lembrando que o resultado dessa negociação possuirá efeito *erga omnes*, logo não interessa se o trabalhador é filiado ou não, ele terá os seus direitos precarizados da mesma forma que os demais trabalhadores da categoria.

Além dessas mudanças, a reforma trabalhista também inseriu o parágrafo 3º ao artigo 614 que diz: “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. E com isso proíbe a ultratividade, que era garantida para preservar direitos civilizatórios mínimos, pela súmula 277 do TST. A ultratividade das normas coletivas é o objeto desta tese e será tratada no próximo capítulo.

Outra mudança foi a alteração do artigo 620 da CLT, que diz: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”. Antes da reforma trabalhista era garantido que as convenções coletivas, quando mais favorável aos trabalhadores, deveria prevalecer e agora não interessa a norma mais benéfica, pois o acordo sempre prevalecerá sobre as convenções. Essa alteração deveria ser considerada inconstitucional, pois fere o caput do art. 7º, da CF/88. A reforma trabalhista não altera apenas a CLT, altera também todas as diretrizes defendidas por anos pela própria norma em busca de dar proteção aos trabalhadores e de garantir os seus direitos sociais.

Ainda sobre a prevalência do negociado sobre o legislado diz o art. 611-A, da CLT:

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 n. 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.

Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del5452.htm). Acessado em 16/10/2020.

O que se pode perceber com esse artigo é que será possível a negociação de matérias que são consideradas no direito do trabalho como direitos absolutamente indisponíveis, pelo princípio da adequação setorial negociada já estudado no primeiro capítulo da tese, como as questões das normas de saúde, higiene e segurança do trabalhador ou quer dizer que o intervalo intrajornada não é uma norma de segurança e higiene como diz o art. 611-B parágrafo único que “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”. E com relação ao inciso XIII, do 611-A, que permite

a prorrogação da jornada de trabalho em ambientes insalubres sem necessitar da análise do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, e isso não é questão de saúde? Diz o art. 195 da CLT que “a caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do Trabalho, far-se-ão através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho”. Logo, não poderiam ser negociadas sem a perícia previstas na própria CLT. São normas de indisponibilidade absolutas, pois devem respeitar o art. 7º, inciso XXII, da CF/88, que diz: “reduzir os riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”.

E o inciso XII que permite a negociação do enquadramento do grau de insalubridade da empresa, aqui, o mesmo raciocínio aplicado ao inciso, XIII deverá prevalecer, ou seja, não é possível haver por meio de negociação coletiva essa alteração sem que seja respeitado o art. 195 da CLT. O que realmente essa norma quer? Na verdade, ela quer privilegiar o mercado, os empresários, utilizando-se da desculpa da necessidade de flexibilizar normas para garantir mais empregos. Mas que tipo de emprego? Aquele precarizado em que o trabalhador perde ao ver os seus direitos serem reduzidos. E os direitos sociais garantidos na CF/88? São direitos fundamentais, eles não podem ser reduzidos apenas poderão ser ampliados, pois são cláusulas pétreas. Segundo Delgado (2017), as normas que tratam de questões de proteção à segurança do trabalhador e saúde são normas imperativas estatais e, por isso, não podem ser suprimidas ou flexibilizadas pelos instrumentos coletivos ou pela simples vontade dos atores sociais envolvidos. Assim, esses direitos são absolutamente indisponíveis e não podem sofrer renúncia ou qualquer transação contratual.

A ideia do legislador, ao aprovar esse artigo, fica clara na leitura do parágrafo segundo do referido artigo, que diz: “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”. Esse parágrafo contraria a própria norma existente, pois não condiz com o artigo 9º da própria CLT: “Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Assim, fica claro que a intenção do legislador é deixar os obreiros nas mãos dos seus empregadores, pois garantir o negociado sobre legislado em um cenário em que os sindicatos mal conseguem subsistir não parece ser uma boa ideia para a classe trabalhadora.

Para Vólia Bomfim (2017), a negociação coletiva tem por objetivo buscar adequar as necessidades dos trabalhadores e dos empregadores constantemente na busca de satisfazer os interesses antagônicos dos atores. Com isso, por meio da negociação coletiva, é possível a criação de normas que não constam na CLT, respeitando sempre os limites constitucionais. Assim, percebe-se o que diz o art. 611-A, da CLT, pois ao dizer: “A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre”, ele demonstra que as palavras “entre outros” revelam que se trata de um rol exemplificativo, ou seja, pode-se negociar tudo que está ali e também outras demandas, e isso afronta o princípio da norma mais favorável preconizado no caput, do art. 7º, da CF/88. Assim é preciso que, quando houver qualquer criação de normas que não estejam nos incisos do art. 611-A da CLT, haja cautela para que não chegue a desrespeitar o princípio da norma mais benéfica.

Com isso, esse artigo acaba por promover uma ampliação desproporcional das possibilidades que se pode ter em uma negociação coletiva. Com a prevalência do negociado sobre o legislado, há a autorização da ampliação ou supressão de direitos antes resguardados pela norma infraconstitucional, ou seja, por uma norma criada pelo poder legislativo, a CLT, que poderá negligenciar direitos sociais fundamentais e, segundo Maurício Godinho Delgado (2017), poderá inviabilizar a concretização do trabalho digno que é um direito fundamental devido às possibilidade de flexibilização de direitos que são considerados absolutamente indisponíveis.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 7º, XXVI, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, porém esse fato não autoriza que as normas coletivas retirem direitos e garantias fundamentais. O reconhecimento das normas coletivas previsto na CF/88 é de grande relevância para o direito coletivo, mas deve-se sempre respeitar as normas constitucionais inclusive a norma mais favorável.

Ainda sobre o art. 611-A da CLT se pode perceber que os incisos I e II tratam: “I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II - banco de horas anual”, ou seja, da jornada de trabalho e da compensação pelo banco de horas. O legislador trata nesses dois incisos do banco de horas e da compensação de jornada como se fossem coisas diferentes. Assim, o inciso I trata da compensação de jornada e impõe à observação a norma constitucional apenas e não trata dos art. 59 e 59-A da própria CLT, que diz:

Art. 59. A duração diária do trabalho poderá ser acrescida de horas extras, em número não excedente de duas, por acordo individual, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Assim, pode-se ter o seguinte questionamento: poderá, por meio de norma coletiva, se negociar a compensação de jornada que respeite o limite mensal e semanal das horas previstas na CF/88 superior a duas horas diárias e que não respeite o modelo de jornada de 12 x 36 horas? Ou, em uma negociação coletiva, devem-se respeitar os limites previstos nos artigos 59 e 59-A da CLT? E, se assim fosse, por que não foram relacionados no rol do art. 611-B da CLT?

Para a doutrinadora Vólia Bomfim (2017), a intenção do legislador foi de ignorar os artigos 59 e 59-A da CLT, pois o próprio legislador negou-se a validar as questões de jornada de trabalho como normas de saúde, higiene e segurando do trabalhador como fica claro no art. 611-B parágrafo único da CLT. O que se pode esperar é que a jurisprudência crie uma solução para essas divergências que não foram observadas com a aprovação da reforma trabalhista.

Logo, o que se espera é que sejam respeitados os limites constitucionais sob pena de serem os incisos I, II e III, do art. 611-A, da CLT considerados inconstitucionais de acordo com o artigo 7º XIII e XXII, da CF/88, que dizem:

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;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

E que seja respeitado o direito à saúde, que é um direito fundamental com previsão no art. 6º e 196 da CF/88. Relata o “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Já o artigo 6º diz que: “ São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a

segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Com essa inserção do art. 611-A na CLT é possível que as normas coletivas façam muitas alterações nos contratos individuais como a natureza salarial de qualquer verba indenizatória, a alteração contratual *in pejus*, os requisitos da equiparação salarial podendo dificultá-la, o acréscimo de horas extras diárias, o parcelamento em mais vezes do décimo terceiro salário, os períodos de férias poderão ser parcelados em mais vezes, incluir a qualquer tipo de trabalhador externo o art. 62, inciso I da CLT, determinar o parcelamento das verbas rescisórias ou alterar o prazo legal das verbas rescisórias, alterar a data do pagamento do salário mensal para além do 5º dia útil do mês subsequente, poderá retirar ou diminuir o adicional de transferência, retirar as estabilidades que não possuem previsão constitucional, aumentar o prazo de contratos por experiência ou por prazo determinado entre muitas outras possibilidades. O que se pode perceber é um cenário de muitas possibilidades de flexibilizações que poderão ser consideradas como a precarização das relações coletivas e, com isso, retirar muitos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores brasileiros.

Além de tudo isso, a reforma trabalhista, segundo Vólia Bomfim (2017), dificultou a intervenção do Poder Judiciário nas negociações coletivas, pois restringiu as possibilidades de nulidade das normas coletivas, dando uma maior autonomia aos entes coletivos.

As normas coletivas possuem amplos poderes para ampliar direitos já previstos na CLT, mas também possuem limitações quando se tratar de retirada e supressão de direitos e essas limitações serão as limitações constitucionais e o que está previsto no rol do art. 611-B, da CLT.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, **exclusivamente**, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

- a)- normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- b)- seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
- c) - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
- d) - salário mínimo;
- e)- valor nominal do décimo terceiro salário;
- f) - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
- g) - proteção do salário na forma da Lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- h) - salário-família;

- i) - repouso semanal remunerado;
 - j) - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
 - k) - 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; XN - 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.

Apesar de no caput do artigo está escrito a palavra “exclusivamente”, é preciso compreender que não se trata de um rol taxativo, pois esse artigo não inclui alguns princípios e valores constitucionais nem os direitos da personalidade e das liberdades garantidas na Constituição Federal de 1988, o que faz dele um rol exemplificativo. Assim, o artigo 611-A com a expressão “entre outros” traz a ideia de uma maior flexibilização e,

por outro lado, o art. 611-B vem para limitar essas alterações.

No primeiro capítulo desta tese foi estudado o princípio da adequação setorial negociada que trata de direitos de indisponibilidade absoluta e de indisponibilidade relativa com o intuito de garantir o patamar mínimo civilizatório, previstos na CF/88, para os trabalhadores. O artigo 611-B da CLT trata de direitos absolutamente indisponíveis, ou seja, que não poderão ser negociados pelas normas coletivas.

Para a doutrinadora Vólia Bomfim (2017), a norma coletiva não poderá violar direitos constitucionais como o direito à intimidade, à dignidade, à privacidade e à honra dos obreiros.

Além disso, não poderá a norma coletiva excluir a responsabilidade extrapatrimonial de acordo com o art. 5º, X da CF/88, que diz: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Assim não poderá, por exemplo, a norma coletiva impedir que o trabalhador retire o seu horário de intervalo, bem como, não poderá impedir do trabalho que possui uma crença, raça ou etnia ou ainda mesmo uma opção sexual diferente seja contratado, pois tudo isso está resguardado constitucionalmente.

Outro ponto, que inclusive já foi tratado na tese, é o parágrafo único do art. 611-B, que diz que: “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” essa regra seria inconcebível e, no mínimo, deveria ser considerada inconstitucional, pois fere tanto a CF/88 como as regras de cunho internacional. O parágrafo único, do art. 611-B, da CLT, promove uma desconstrução nos direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo da história, pois o intuito é de deteriorar as condições contratuais e o ambiente de trabalho.

As normas internacionais como a Convenção n. 155 da OIT ratificada pelo Brasil que é um país signatário da OIT deixam claras as condições indissociáveis do intervalo de jornadas e sua relação com as regras de higiene e segurança dos trabalhadores, bem como, o próprio Tribunal Superior do Trabalho-TST já possui uma jurisprudência consolidada com relação a essa situação. A súmula n. 437, inciso II, do TST diz:

II - 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 (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), inafiançável à negociação coletiva. (BRASIL, 2012).

Outro ponto importante que merece ser verificado é o princípio da vedação ao retrocesso, pois se já existe uma jurisprudência consolidada sobre o assunto, bem como uma norma internacional ratificada pelo país signatário, não se pode admitir que uma norma infraconstitucional viesse fazer com que direitos conquistados sejam sucumbidos.

O princípio da vedação ao retrocesso já foi analisado nesta tese em seu primeiro capítulo e que ele se encontra respaldado em Pactos internacionais, ratificados pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica, que, em seu artigo 26 e em seu artigo 2º, I, relatam:

Art. 26: Desenvolvimento progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir PROGRESSIVAMENTE a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Art. 2º, item I: Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, PROGRESSIVAMENTE, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas

Logo, é preciso se evitar, por meio de normas internas, o retrocesso social dos direitos já conquistados e resguardados pela Carta Magna e pelas normas internacionais acolhidas pelo Brasil. Para Barroso (2001), o princípio da vedação ao retrocesso está intimamente ligado ao estado de direito democrático e à garantia da dignidade humana. Assim ele afirma:

... por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma Lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de idéias, uma Lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançado a partir de sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior (BARROSO, 2001, p 158-159).

Por todo o exposto, o que se pode concluir é pela possibilidade de ser considerado inconstitucional o parágrafo único, do art. 611-B da CLT, pois este desafia o controle de constitucionalidade pela via concentrada e difusa. Com isso, é obvio que a reforma trabalhista, imposta ao povo brasileiro, viola princípios constitucionais como o princípio da proteção, bem como o princípio da adequação setorial negociada, ambos com previsão no caput do art. 7º da Carta Magna brasileira. Com relação às alterações trazidas pela lei 13.467/17 sobre a ultratividade do art. 614 § 3º, será dedicado o próximo capítulo, pois é um ponto crucial desta tese.

Neste tópico da tese, fica claro que a reforma trabalhista veio corroborar com o desempoderamento dos sindicatos brasileiros na medida em que impõe normas que não respeitam os princípios constitucionais e os princípios trabalhistas pátrios e que só contribuem para o enfraquecimento sindical.

Será preciso muita mudança para o sindicalismo continuar vigorando no mundo e algumas propostas são feitas pelo Ricardo Antunes (2018, p 294-297) em seu livro “O privilégio da escravidão”, que são elas:

1.O primeiro deles, determinante para a sua própria sobrevivência, será romper a enorme barreira social que separa a classe trabalhadora “estável”, em franco processo de redução, dos trabalhadores e trabalhadoras intermitentes, em tempo parcial, precarizados, subempregados e desempregados, todos em significativa expansão no cenário mundial de hoje. Os sindicatos devem se empenhar fortemente na organização sindical ampliada em todos os seus setores e recortes. Ou os sindicatos organizam o conjunto da classe trabalhadora ou estarão cada vez mais restritos a um contingente minoritário e parcial, perdendo a possibilidade de representá-los enquanto classe. Serão, na melhor das hipóteses, muito corporativistas e pouco classistas.

2.Os sindicatos devem compreender, dada a nova morfologia do trabalho, outras dimensões decisivas do ser social que estão presentes no cotidiano do trabalho e que têm forte perfil inter-relacional. Referimo-nos aqui às dimensões de gênero, geração, raça e etnia. Dado o significativo processo de feminização da classe trabalhadora, torna-se imperioso que os sindicatos articulem as questões de classe com aquelas referentes ao gênero, a fim de possibilitar às mulheres-trabalhadoras o direito vital de auto-organização. Devem reconhecê-las como parte decisiva do mundo do trabalho, a fim de reverter um quadro no qual, historicamente, elas estiveram excluídas do espaço sindical dominado pelos homens-trabalhadores que prevaleciam na fábrica fordista.

Do mesmo modo, os sindicatos devem se abrir para os jovens trabalhadores, homens e mulheres que não têm encontrado eco às suas aspirações junto aos organismos sindicais. E a eles devem se juntar trabalhadores de distintas raças e etnias (índios, negros, imigrantes), aos quais são destinados geralmente os trabalhos mais precarizados. Para que essa ação tenha concretude é imprescindível e inadiável a eliminação de qualquer resquício de tendências

xenófobas, ultranacionalistas, de apelo ao racismo e de convivência com as ações discriminatórias de qualquer ordem, incluindo as sexistas e homofóbicas. 3. Os sindicatos devem incorporar também aqueles expressivos contingentes do novo proletariado de serviços que vende sua força de trabalho nas empresas de call-center, telemarketing, supermercados, comércio, indústria hoteleira e tantas outras áreas por onde se amplia o universo dos assalariados, muitos deles sem nenhuma experiência de atuação na organização sindical. Portanto, as novas categorias de trabalhadores e trabalhadoras que não têm tradição anterior de organização em sindicatos devem, necessariamente, ser representadas por um verdadeiro sindicato de classe, contemporâneo aos problemas divisados no horizonte do século XXI.

4. Os sindicatos precisam romper radicalmente com todas as formas de corporativismo ou neocorporativismo, que privilegiam suas respectivas categorias profissionais, diminuindo ou abandonando os seus conteúdos mais marcadamente classistas. Não falamos aqui somente do corporativismo de tipo estatal, tão forte no Brasil, no México, na Argentina, mas também de um neocorporativismo societário, assimilado de modo crescente pelo sindicalismo contemporâneo. Essa modalidade de organização sindical é ainda mais excludente, acentuando o caráter fragmentado da classe trabalhadora, em sintonia com os interesses do capital que procuram cultivar o individualismo e a alternativa particular contra os interesses solidários, coletivos e sociais.

5. O sindicalismo de classe tem de estar bastante atento para a decisiva questão da preservação da natureza e da humanidade. Será justo, por exemplo, incentivar uma indústria bélica para garantir empregos, quando sua consequência inevitável é a guerra e a destruição humana? Será plausível, em pleno século XXI, defender a ampliação de empregos em atividades que destroem a natureza, visando garantir mais empregos, mesmo sabendo que esses ampliam a destruição ambiental? Ou não está na hora de se discutir que tipo de indústria queremos: a do carro privado que polui irreversivelmente a natureza ou a do transporte coletivo que recusa a energia fóssil? Não são questões fáceis, mas são vitais, e os sindicatos estão impelidos a enfrentá-las.

6. É decisivo também para o sindicalismo de classe romper com a tendência crescente de institucionalização e burocratização, que tão fortemente tem marcado o movimento sindical latino-americano (vejam-se de novo os casos de México, Argentina e Brasil, entre tantos outros exemplos) e que o distancia das suas bases sociais, aumentando ainda mais o fosso entre os organismos sindicais e os movimentos sociais autônomos. As experiências do sindicalismo de base e de classe, contra a moderação, a burocratização e a institucionalização de muitas centrais sindicais dominantes, são exemplos importantes dessa impreterível necessidade de retomar a base social dos sindicatos e romper com o burocratismo e o institucionalismo.

7. Também é fundamental reverter a tendência, desenvolvida a partir do toyotismo e da acumulação flexível, que consiste em reduzir o sindicato ao âmbito exclusivamente empresarial, ao chamado “sindicalismo de empresa”, de perfil patronal, mais vulnerável e vinculado ao capital e às suas corporações. A empresa fordista que se desenvolveu ao longo do século XX era bastante verticalizada e teve como resultado um sindicalismo também verticalizado. A empresa toyotista, que segue o receituário do “modelo japonês”, é mais horizontalizada, na medida em que se estrutura em redes e nas cadeias produtivas de valor cada vez mais globalizadas, utilizando-se de modo abundante de todos os mecanismos possíveis e imagináveis de terceirização e flexibilização do trabalho.

Assim, um sindicato verticalizado está impossibilitado de enfrentar os desafios de classe no capitalismo contemporâneo. Ao contrário, ele deve se estruturar de modo mais horizontal possível, o que significa ser ainda mais organizado pela base, contemporaneamente classista, incorporando o grande conjunto que compreende a classe trabalhadora hoje em todos os seus segmentos, desde os que ainda têm contratos mais estáveis até aqueles que estão no universo mais precarizado, sejam terceirizados, intermitentes, na informalidade, sem jamais excluir os desempregados.

8. Se a classe trabalhadora é mais complexa e heterogênea do que aquela que vigorou durante o período de expansão do fordismo, o resgate do sentido de pertencimento de classe, contra as inúmeras fraturas, objetivas e subjetivas, impostas pelo capital é um dos seus desafios mais prementes, em particular em uma fase na qual o proletariado que conseguiu preservar alguns direitos parece se diferenciar (e até mesmo se antagonizar) em relação ao chamado precariado, que cresce nos países capitalistas centrais, e também em relação aos trabalhadores imigrantes que não param de se expandir, constituindo-se num polo cada vez mais importante da classe trabalhadora. Se no início do século XX a imigração do Norte foi importante para a constituição da classe trabalhadora no Sul (basta ver o enorme fluxo migratório de europeus para o continente latino-americano), desde a segunda metade do século passado vem ocorrendo o inverso, em meio a tantos fluxos e movimentos. Assim, a classe trabalhadora dos países capitalistas centrais tende a ser cada vez mais constituída por imigrantes das periferias. O que deve significar algo particular e distinto nas conformações de classe que estão sendo redesenhadas neste século tenso que estamos vivendo.

9. Com a expansão do capital em escala planetária e a nova forma assumida pela divisão internacional do trabalho, as respostas do movimento dos trabalhadores assumem cada vez mais um sentido totalizante. A transnacionalização do capital e do seu sistema produtivo, com a difusão das novas cadeias geradoras de valor, obriga ainda mais os sindicatos a desenvolverem formas internacionais de ação, solidariedade e confrontação

10. Mesmo tendo claro que esse elenco pode ser muito ampliado, há ainda outro desafio fundamental para os sindicatos, sem o qual a classe trabalhadora fica organicamente desarmada em seus combates. Eles devem romper a barreira, imposta pelo capital, entre ação reivindicativa e ação parlamentar, entre luta econômica e luta política, articulando e fundindo essas lutas sociais, dando-lhes uma feição mais autônoma e ao mesmo tempo mais abrangente. Como o capital exerce um domínio cuja materialidade é de origem extraparlamentar, é grave equívoco querer derrotá-lo com ações que se restrinjam ao âmbito da institucionalidade ou que o privilegiem.

Diante dessas sugestões propostas pelo autor Ricardo Antunes, o que se pode perceber é que não será nada fácil a sobrevivência dos sindicatos no mundo. Muitos serão os desafios e questionamentos para que se consiga buscar soluções. É preciso que se questione sobre o futuro dos trabalhadores em um mundo capitalista, pois não se podem fechar os olhos para essa realidade. E se for preciso encontrar novas formas de trabalho? O que faremos? E os sindicatos? Qual a sua participação nesses novos modelos de trabalho? Logo, são muitas as indagações necessárias para que se possa ter um sindicalismo ativo em busca de novas maneiras de trabalho em um mundo capitalista, mas que possa encontrar um meio termo para garantir os direitos sociais da classe trabalhadora.

E com todas essas indagações, o próximo tópico irá tratar de uma análise geral da inserção da reforma trabalhista no ordenamento jurídico brasileiro e algumas de suas consequências.

2.3.2 Análise geral da inserção da Lei 13.467/17 no ordenamento jurídico brasileiro

Como é sabido, a reforma trabalhista entrou em vigor em 11 de setembro de 2017 em um cenário político cheio de conflitos como já explanado anteriormente nesta tese. Um dos grandes problemas da reforma foi a falta de discussão com a sociedade civil e com os atores sociais envolvidos. A lei 13.467/17 atinge em cheio milhões de brasileiros e também atinge garantias de direitos sociais fundamentais conquistados ao longo de décadas. Algumas das justificativas levantadas para a necessidade de que ocorresse a reforma trabalhista foi a de que a CLT seria muito antiga e precisava ser modernizada para acompanhar as novas nuances do mercado de trabalho. Assim, lembra o autor Jorge Luiz Souto Maior que:

A argumentação em torno da idade que se apresenta a respeito da CLT perde total sentido quando se lembra que dos 921 artigos da CLT de 1943, apenas 188 continuam vigentes até hoje e praticamente nenhum destes fixa, digamos assim, custos aos empregadores. Do ponto de vista legislativo, o que rege as relações de trabalho no Brasil, em consonância com a Constituição, é uma série de Leis esparsas, editadas em grande número do ano de 1964 em diante, tendo sido a maioria, inclusive, na direção da dita “flexibilização”, tanto que o teor do PL 6787/16 [atualmente Lei promulgada], que visa, segundo se diz, “modernizar a legislação do trabalho”, alterando mais de 200 dispositivos da CLT, toca apenas em 7 artigos da CLT que estavam vigentes em 1943; e mesmo assim não os revoga por inteiro. (2017, p. 15).

Dito isso, serão analisadas as principais alterações feitas pela reforma trabalhista e será verificado se essas alterações foram benéficas ou maléficas para o povo brasileiro e se essa reforma realmente flexibilizou as relações trabalhistas ou se, na verdade, o que houve foi uma verdadeira precarização das relações de trabalho no Brasil.

Inicialmente serão analisadas as mudanças que ocorreram nos contratos individuais de trabalho e as possíveis flexibilizações que ocorreram com a inserção da Lei 13.467/17 no ordenamento jurídico do Brasil.

Emerge com a busca do capital desenfreado, em obter mais lucros, novas modalidades de trabalho que surgem por meio do que se convencionou chamar de flexibilização das relações trabalhistas. Com essas flexibilizações, a reforma trabalhista inseriu modalidades como contratos temporários mais longos, contratos de trabalho intermitente, teletrabalho, terceirizações, dentre outros como o autônomo. É óbvio que

essas novas formas de contrato de trabalho atingem em cheio os trabalhadores e causam instabilidades em sua vida econômica e psicológica.

O contrato temporário existe desde 1974 e é muito parecido com a terceirização, já que "... permite que se transfiram a terceiro as atividades reconhecidamente genéricas, secundárias, acessórias ou de suporte ao empreendimento, de forma a permitir que a empresa envide esforços e concentre atenção naquelas atividades centrais ou principais vertidas em seu objeto social" (BARROS, 2010, p. 452). O que diferencia o contrato temporário de uma terceirização é o prazo, pois o contrato temporário possui prazo e a terceirização não possui. O que a reforma trabalhista fez foi precarizar ainda mais essa forma de contrato de trabalho temporário, pois prorrogou o prazo que era de 90 dias para 180 dias prorrogáveis por mais 90 dias, ou seja, o trabalhador poderá ficar nessa forma de contrato de trabalho por até nove meses. Já as mudanças, com relação à terceirização, ocorreram antes da reforma trabalhista entrar em vigor, pois foi aprovada uma mudança que foi a possibilidade da contratação por terceirizadas das atividades-fins, ou seja, antes só era possível contratar por meio de terceirizada quem desenvolvesse atividades-meio, mas com essa alteração tudo mudou. Para Galvão, "Com a aprovação da terceirização, direitos serão rebaixados, o conceito de categoria profissional será substituído por prestadores de serviços, levando à desconstrução e à desestruturação das categorias profissionais e das ocupações da forma como as conhecemos hoje" Galvão *et al.* (2017, p. 38-39). Assim continua o autor a afirmar que:

A reforma reafirma e radicaliza a liberalização da terceirização e do trabalho temporário, mesmo sendo pública a vasta produção científica que evidencia a relação entre terceirização e acidentalidade, inclusive para trabalhadores que realizam as mesmas atividades. Trata-se, também neste caso, de uma normatização sem qualquer guarida factual que a sustente, e que se assenta exclusivamente na capacidade de imposição dos interesses empresariais predatórios na atual conjuntura de ataque aos princípios democráticos. (Galvão *et al.* 2017, p. 38-39).

Diante dessa nova realidade que se desenhou, é possível perceber que a reforma trabalhista simplesmente ignora o fato das estatísticas que afirmam que os terceirizados e os temporários possuem a maior probabilidade de sofrer acidentes no ambiente de trabalho do que os trabalhadores contratados normalmente, pois a reforma trabalhista busca agradar ao mercado e não ao povo brasileiro. Dessa forma, acaba por abrir mão de um direito fundamental garantido constitucionalmente, ou seja, o direito à saúde.

Quando se trata do trabalhador autônomo, é óbvio que este assumirá todo o risco da atividade desenvolvida. Isso fere o princípio da alteridade, garantido na CLT, em seu artigo 2º.

A reforma trabalhista, como já tratado nesta tese, modifica as normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador, pois autoriza que essas normas podem ser modificadas por meio de negociações coletivas. Fato esse extremamente grave tendo em vista que o negociado se sobrepõe ao legislado e o cenário sindical brasileiro, como já retratado aqui, é de desempoderamento, ou seja, de enfraquecimento. Logo, essas alterações poderão ser extremamente prejudiciais para os trabalhadores e trazer uma grande precarização.

Outro fato que ocasionou a derrocada dos sindicatos brasileiros foi a retirada brusca da contribuição sindical obrigatória, fato esse já ratificado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Com isso, qual a vantagem do negociado se sobrepor ao legislado, tendo em vista que os sindicatos estão enfraquecidos?

Outro grande problema que a reforma trouxe foi a de que os acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão sobre as convenções coletivas de trabalho. Logo, se uma categoria possui um acordo e uma convenção o que irá prevalecer será o acordo que, via de regra, é bem mais fácil de ser realizado e a probabilidade de ser mais prejudicial para os trabalhadores é bem maior.

Outro fato relevante da reforma trabalhista é o desestímulo ao acesso à Justiça do Trabalho, tendo em vista que, mesmo o trabalhador tendo acesso à justiça gratuita, ele deverá ser responsável pelos honorários sucumbenciais, pela perícia e pelas custas processuais. Corroborando com esse fato, diz Galvão *et al.* (2017, p. 63):

O risco de ter que arcar com o pagamento de honorários periciais e advocatícios, custas processuais e multas, certamente cumprirá o papel desejado pelos defensores da reforma, inibindo os trabalhadores brasileiros na busca dos seus direitos trabalhistas usurpados por seu empregador, que descumpra sistematicamente as normas de proteção social.

Nesse caso é visível que a reforma trabalhista é deeria ser considerada inconstitucional, pois fere o princípio de acesso à justiça, que está inserido no art. 5º, incisos XXXV e LXXIV.

Com esses breves relatos do que a reforma trabalhista significou para os trabalhadores brasileiros e para os sindicatos, é possível verificar que o que houve não foi uma flexibilização de direitos e, sim, uma verdadeira precarização do trabalho.

Os impactos da reforma trabalhista já podem ser sentidos pelo povo brasileiro, pois estamos com quase 14 milhões de desempregados, ou seja, a reforma acabou por trazer mais empregos informais e menos com carteira assinada, ferindo seriamente os direitos sociais constitucionais. Porém, a reforma trabalhista está cumprindo o seu papel no mercado à medida que iguala as partes ao colocar o trabalhador no mesmo patamar do empregador, deixando a figura do hipossuficiente de lado.

3. A CORRENTE “PLENA-MITIGADA” COMO GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

3.1 ADERÊNCIA DAS NORMAS COLETIVAS NO DIREITO SINDICAL

O presente capítulo irá analisar a história da aderência das normas coletivas nos contratos individuais de trabalho no Brasil e sua evolução, bem como as teorias que as envolvem. Será verificado também os prazos dos instrumentos coletivos e os princípios que os permeiam.

Também serão estudados a efetivação dos direitos sociais nas normas coletivas e os limites da autonomia coletiva, após a Lei. 13.467/17- reforma trabalhista - e será feita uma análise de como funciona a incorporação das cláusulas normativas no direito comparado.

Por fim, a presente tese apresentará uma nova corrente a ser criada no Brasil para que se possam garantir os direitos conquistados dos trabalhadores nos instrumentos coletivos e também a sua ultratividade e, com isso, garantirá que os princípios defendidos pela Carta Magna brasileira sejam respeitados e resguardados, garantindo assim um direito do trabalho fincado em bases que dignifiquem o trabalhador, ao considerar o trabalho como um direito social e fundamental.

3.1.1 Análise histórica da aderência das normas coletivas do trabalho no Brasil

É fato que, apesar da reforma trabalhista defender que as normas coletivas não poderão vigorar por mais de dois anos, hoje não há na legislação vigente nenhum dispositivo que garanta a eficácia das normas coletivas depois de findado o prazo máximo de dois anos. Porém, essa matéria já foi objeto de algumas discussões legislativas como na Lei. 7.788/1989²⁴, que no seu artigo 1º, § único dizia: “As vantagens salariais asseguradas aos trabalhadores nas Convenções ou Acordos Coletivos só poderão ser reduzidas ou suprimidas por convenções ou acordos coletivos posteriores” (BRASIL, 1989 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7788.htm. Acessado em 27/10/2020). No mesmo sentido, a Lei 8.222/1991 tratava da mesma matéria em seu

²⁴ (Lei revogada pelo artigo 14 da Lei 8.030/1990. Art. 14. Ficam revogados o Decreto-Lei nº 808, de 4 de setembro de 1969, a Lei nº 7.769, de 26 de maio de 1989, a Lei nº 7.788, de 3 de julho de 1989, e o art. 2º da Lei nº 7.789, de 3 de julho de 1989, e as demais disposições em contrário.)

art.1º, mas foi vetada pelo presidente da época. Em 1992 a Lei 8.542 dizia em seu artigo1º, § 1º, que:

As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. (BRASIL, 1992) Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18542.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20pol%C3%ADtica%20nacional,Art. Acessado em 27/10/2020.

Esse pensamento foi reafirmado na Lei 8.880 de 1994, mas foi revogado com a Lei 10.192/2001 e essa matéria passou a não mais constar na legislação brasileira. Assim, ficou um vácuo na legislação trabalhista com relação à incorporação das cláusulas das normas coletivas nos contratos de trabalho, bem como com relação à ultratividade.

Em março de 1988 o Tribunal Superior do Trabalho editou, por meio de resolução, a súmula 277 do TST, que dizia: “Sentença normativa. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho. As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. A súmula 277 do TST foi aplicada por analogia aos acordos e convenções coletivas nesse período. O que se percebe é que a primeira redação da súmula 277 do TST trata da teoria da aderência limitada pelo prazo, ou seja, a mesma que a reforma trabalhista de 2017 adotou.

O Tribunal Superior do Trabalho, em novembro de 1996, editou a OJ 41 da SBDI-1, que dizia: “Preenchidos todos os pressupostos para a aquisição de estabilidade decorrente de acidente ou doença profissional, ainda durante a vigência do instrumento normativo, goza o empregado de estabilidade mesmo após o término da vigência deste” e, com isso, percebe-se que o Tribunal Superior do Trabalho adota a postura de garantir a ultratividade de uma norma ou também trata de direito adquirido pelo trabalhador em caso de acidente ou doença profissional.

No ano de 2009 a Súmula 277 do TST passa por mais uma alteração ficando a sua redação da seguinte forma:

Sentença normativa. Convenção ou acordo coletivos. Vigência. Repercussão nos contratos de trabalho.

I- As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II- Ressalva-se da regra enunciado no item I o período compreendido entre 23.12.1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14.02.2001. Disponível em: https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-altera-sumula-277. Acessado em 27/10/2020.

Agora se pode perceber que não haverá a necessidade de uma interpretação analógica com relação aos acordos e convenções coletivas, pois a própria súmula se encarregou de inserir, em seu tópico I, os termos “convenção ou acordos coletivos”. Outra alteração ocorreu no item II da súmula 277 do TST, que deixa claro que no período da Lei 8.542/1992, como já descrito nessa tese, o que vigorava era a incorporação das cláusulas normativas nos contratos individuais de trabalho. O item deixa claro que em 2009 não seria mais essa a norma validada pelo TST, mas também fica óbvio que esta teoria já havia sido defendida e acatada pelo Tribunal Superior do Trabalho. Outro precedente normativo foi o de nº 120 do TST em 2011, que trata do prazo das sentenças normativas:

Nº 120 SENTENÇA NORMATIVA. DURAÇÃO. POSSIBILIDADE E LIMITES (positivo) - (Res. 176/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011)

A sentença normativa vigora, desde seu termo inicial até que sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho superveniente produza sua revogação, expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo máximo legal de quatro anos de vigência. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#TeMa_PN120. Acessado em: 27/10/2020.

Em 27 de setembro de 2012, a resolução de nº 185 do TST faz uma nova alteração na súmula 277 do TST. A resolução afirma em seu inciso VII:

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - RESOLUÇÃO Nº 185 DE 14.09.2012

D.E.J.T - 25.09.2012

I - Altera a redação do item VI da Súmula n.º 6.

II - Altera a redação da Súmula n.º 10.

III - Altera a redação da Súmula n.º 124.

IV - Cancela o item II e confere nova redação à Súmula n.º 221.

V - Acrescenta adendo à Súmula n.º 228.

VI - Altera a redação do item III da Súmula n.º 244.

VII - Altera a redação da Súmula n.º 277.

VIII - Altera a redação do item IV da Súmula n.º 337.

IX - Insere o item III na Súmula n.º 378.

X - Altera a redação do item I da Súmula n.º 369.

- XI - Altera a redação da Súmula n.º 385.
 XII - Altera a redação da Súmula n.º 428.
 XIII - Altera a redação da Súmula n.º 431.
 XIV - Converte a Orientação Jurisprudencial n.º 73 da SBDI-2 em Súmula.
 XV - Converte a Orientação Jurisprudencial n.º 52 da SBDI-1 em Súmula e insere o item II à redação.
 XVI - Converte as Orientações Jurisprudenciais n.os 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1 em Súmula.
 XVII - Edita as súmulas n.os 438, 439, 440, 441, 443 e 444.
 XVIII - Converte a Orientação Jurisprudencial n.º 352 da SBDI-1 em Súmula.
 XIX - Cancela as Súmulas n.os 136 e 343. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-tst-185-2012.htm#:~:text=TRIBUNAL%20SUPERIOR%20DO%20TRABALHO%20%2D%20RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%20185%20DE%2014.09.2012&text=I%20%2D%20Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20do,da%20S%C3%BAmula%20n.%C2%BA%206.&text=III%20%2D%20Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20da.%C3%A0%20S%C3%BAmula%20n.%C2%BA%20221>. Acessado em 27/10/2020.

E, com isso, a nova redação da Súmula 277 do TST passa a vigorar da seguinte forma:

SÚMULA N.º 277. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas **integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-tst-185-2012.htm#:~:text=TRIBUNAL%20SUPERIOR%20DO%20TRABALHO%20%2D%20RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%20185%20DE%2014.09.2012&text=I%20%2D%20Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20do,da%20S%C3%BAmula%20n.%C2%BA%206.&text=III%20%2D%20Alterar%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20da.%C3%A0%20S%C3%BAmula%20n.%C2%BA%20221>. Acessado em 27/10/2020.

O fundamento levantado pelo TST para a alteração da Súmula 277 do TST, que garante a ultratividade dos direitos conquistados, que vigiu até a entrada em vigor da reforma trabalhista, foi baseado na alteração contitucional trazida pela Emenda Constitucional n.º 45 em 2004. Na alteração, feita pela a Emenda Constitucional n.º 45/2004, à redação do art. 114, § 2º, é acrescida a palavra “anteriormente”. A redação do artigo, antes da Emenda 45, era a seguinte:

Art. 114, § 2º, CF: “Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, **respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho**”.

Com a Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, a redação do artigo 114, § 2º,

CF/88 passou a ser:

Art. 114, § 2º, CF: “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**”.

Com isso, o Tribunal Superior do Trabalho passa a ter a interpretação de que as normas coletivas convencionadas anteriormente deverão prevalecer até que uma nova norma emerja e com isso deve-se se garantir a teoria da ultratividade com a autorização do poder constituinte derivado.

Mesmo antes da entrada em vigor da Lei. 13.467/17, foi dada entrada no STF em uma ADPF 323, que trata da interpretação dada pelo TST ao art. 114, § 2º da CF/88, em que considera a possibilidade de ter-se a ultratividade garantida até que uma nova norma coletiva emerja.

Em 14 de outubro de 2016, o Ministro Gilmar Mendes foi o relator da ADPF 323 e decidiu, de forma monocrática, contrária ao Tribunal Superior do Trabalho, relatando em decisão de pedido de liminar da Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, que:

Desse modo, em análise mais apurada do que se está aqui a discutir, em especial com o recebimento de informações do Tribunal Superior do Trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região, bem como por verificar, em consulta à jurisprudência atual, que a Justiça Trabalhista segue reiteradamente aplicando a alteração jurisprudencial consolidada na nova redação da Súmula 277, claramente firmada sem base legal ou constitucional que a suporte, entendo, em análise preliminar, estarem presentes os requisitos necessários ao deferimento do pleito de urgência.

Reconsidero, por esses motivos, a aplicação do art. 12 da Lei 9.868/1999 (eDOC 10).

Em relação ao pedido liminar, ressalto que não tenho dúvidas de que a suspensão do andamento de processos é medida extrema que deve ser adotada apenas em circunstâncias especiais. Em juízo inicial, todavia, as razões declinadas pela requerente, bem como a reiterada aplicação do entendimento judicial consolidado na atual redação da Súmula 277 do TST, são questões que aparentam possuir relevância jurídica suficiente a ensejar o acolhimento do pedido.

Da análise do caso extrai-se indubitavelmente que se tem como insustentável o entendimento jurisdicional conferido pelos tribunais trabalhistas ao interpretar arbitrariamente a norma constitucional.

Ante o exposto, defiro o pedido formulado e determino, desde já, **ad referendum do Pleno** (art. 5º, §1º, Lei 9.882, de 1999) **a suspensão de todos os processos em curso e dos efeitos de decisões judiciais**

proferidas no âmbito da Justiça do Trabalho que versem sobre a aplicação da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, sem prejuízo do término de sua fase instrutória, bem como das execuções já iniciadas.

Dê-se ciência ao Tribunal Superior do Trabalho, aos Tribunais Regionais do Trabalho da 1ª e da 2ª Região e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho, para as necessárias providências (art. 5º, § 3º, Lei 9.882, de 1999).

Comunique-se com urgência. (MENDES, 2016, p.09) Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4599102>.

Acessado em 27/10/2020.

Insta ressaltar que, até janeiro de 2021, o pleno do Supremo Tribunal Federal – STF ainda não julgou o mérito dessa ação, tendo a decisão caráter provisório em sede de pedido de liminar julgado monocraticamente pelo Ministro Gilmar Mendes. O julgamento, em sessão plenária virtual, da ADPF 323 estava agendado para o dia 06 de novembro de 2020, mas foi adiado para o dia 19 do mesmo mês de novembro. No entanto, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vistas da Ministra Rosa Weber.

A Súmula 277 do TST gerou muitos debates doutrinários e um deles de grande importância foi o artigo produzido pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho-TST Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado intitulado de “A Súmula 277 e a defesa da Constituição” que em sua introdução já relata que a alteração feita em 2012 vinha sendo analisado o pelo ao menos quatro anos:

No período de 10 a 14 de setembro de 2012, os ministros do Tribunal Superior do Trabalho participaram da Semana Jurídica, com o fim de analisar e atualizar a sua jurisprudência, em particular as súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos. Tais modificações não ocorreram de forma aleatória. São fruto de inúmeros debates, que envolvem análises dos precedentes dos vários verbetes, bem como possíveis alterações nas normas constitucionais e legais. É tal o papel de uma corte uniformizadora de jurisprudência: ao tempo em que padroniza as suas decisões, propõe-se a revisá-las periodicamente para verificar se subsistem os seus fundamentos. A maioria dos ministros, por ocasião de mencionada Semana Jurídica, ajustou a Súmula nº 277 para que ela expressasse a seguinte orientação: **“As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.”** É importante verificar que tal compreensão não foi propriamente inovada na semana institucional do TST. É fato que a Subseção de Dissídios Individuais e as oito turmas observavam, como é praxe em uma corte jurisdicional de uniformização, a jurisprudência outrora construída a propósito das relações individuais de trabalho, mas também o é que a Seção de Dissídios Coletivos já vinha a reclamar, faz algum tempo, a análise do tema na perspectiva da ultratividade. A propósito, desde abril de 2008 **(mais de quatro anos antes da nova redação da Súmula nº 277, portanto)**, a SDC-TST já possuía interpretação firme e reiterada acerca da ultratividade das regras da sentença normativa, admitindo a vigência desse

diploma jurídico especial até que novo diploma coletivo, judicial ou privado (sentença normativa, convenção coletiva de trabalho ou acordo coletivo de trabalho), produza sua revogação expressa ou tácita, respeitado, porém, o prazo de quatro anos de vigência. Além do mais, com a nova redação da súmula, o TST não mais do que assentou o entendimento consagrado, desde a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, no art. 114, § 2º, da Constituição Federal. (CARVALHO; ARRUDA; DELGADO, 2012, p. 01-02)

Os ministros do TST, ao publicarem esse artigo, afirmam que a nova interpretação dada a Súmula 277 do TST está em consonância aos princípios do Direito do Trabalho pátrio e com o artigo 114, § 2º, da Carta Magna, após a Emenda Constitucional nº 45 e corroborando com vários modelos existentes no Direito do Trabalho no mundo. Na análise feita pelos ministros do TST, após o término do prazo das normas coletivas, não seria possível a existência de um vácuo jurídico na norma, pois os direitos trabalhistas são direitos sociais que devem garantir o princípio da norma mais benéfica e deverão integrar os contratos de trabalho.

Nesse viés, a presente tese de doutorado defende uma teoria que vai além da ultratividade, buscando-se, portanto, a criação de uma nova corrente que garanta a incorporação dos direitos já conquistados em normas anteriores, bem como a ultratividade das normas coletivas.

A aplicação da norma mais benéfica tem seu fundamento no caput do art. 7º, da CF/88, bem como nos artigos 444 e 468 da CLT, de cuja análise pode-se extrair o princípio que não admite um vácuo na norma, que poderia vir a prejudicar os trabalhadores. Assim,

Se as condições de trabalho convencionadas anteriormente devem ser respeitadas pela Justiça do Trabalho e incorporadas na sentença normativa proferida após o término da vigência do instrumento coletivo anterior, outra conclusão não é possível senão a da ultratividade daquelas condições enquanto não existir novo instrumento normativo negociado (PEREIRA, 2013, p.396).

Para alguns autores, no entanto, o pensamento é bem diferente. Para Carmo (2012), a defesa do autor é no sentido de que não haveria nenhuma anomia jurídica após o período da vigência da norma coletiva, pois no Estado Democrático de Direito existem outras fontes normativas que poderiam ser utilizadas. Para o referido autor, não interessa se a outra norma seja menos favorável ao trabalhador, o que diverge da tese aqui defendida, uma vez que estar-se-ia utilizando regras que seriam inconstitucionais, pois

violaria o art. 7º caput da CF/88.

Um dos exemplos utilizado por Júlio Bernardo do Carmo seria com relação, por exemplo, às horas extras, ou seja, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu art. 7º, XVI, que as horas extras seriam de no mínimo 50%, e caso exista uma norma coletiva mais favorável ao trabalhador que diga que as horas extras seriam de 100% e essa norma perca a validade incorrido o prazo previsto no instrumento coletivo, para o autor deverá prevalecer a norma constitucional, mesmo que menos benéfica ao trabalhador. Ainda o mesmo autor defende que não se pode entender que a ultratividade foi inserida na Constituição Federal de 88 em seu 114, § 2º, após a Emenda 45 de 2004, pois, para ele, o artigo da Constituição se limita a atribuir a competência da Justiça do Trabalho em proferir sentença normativa em caso de dissídio coletivo e também o autor defende que na sentença normativa não poderá ser concedido menos ou só àquilo que já está assegurado aos trabalhadores e também não poderá ignorar as negociações anteriores com o intuito de prejudicá-los.

O art. 165, do regimento interno do TST, diz que, para a edição de Súmula, seriam necessários os seguintes critérios:

Art. 165. O projeto de edição de Súmula deverá atender a um dos seguintes pressupostos:

I – três acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, reveladores de unanimidade sobre a tese, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

II – cinco acórdãos da Subseção Especializada em Dissídios Individuais, prolatados por maioria simples, desde que presentes aos julgamentos pelo menos 2/3 (dois terços) dos membros efetivos do órgão;

III – quinze acórdãos de cinco Turmas do Tribunal, sendo três de cada, prolatados por unanimidade; ou

IV – dois acórdãos de cada uma das Turmas do Tribunal, prolatados por maioria simples.

§ 1.º Os acórdãos catalogados para fim de edição de Súmula deverão ser de relatores diversos, proferidos em sessões distintas.

§ 2.º Na hipótese de matéria revestida de relevante interesse público e já decidida por Colegiado do Tribunal, poderá qualquer dos órgãos judicantes, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, a Procuradoria-Geral do Trabalho, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou Confederação Sindical, de âmbito nacional, suscitar ou requerer ao Presidente do Tribunal apreciação, pelo Tribunal Pleno, de proposta de edição de Súmula. Nesse caso, serão dispensados os pressupostos dos incisos I a IV deste artigo, e deliberada, preliminarmente, por dois terços dos votos, a existência de relevante interesse público. (BRASIL, 2001, p. 74-75)

O fato da edição ou alteração da Súmula 277 do TST não possuir decisões anteriores, que justificassem a sua mudança, gerou também críticas por parte de alguns doutrinadores, pois, como citado, o regimento interno do tribunal Superior do trabalho exige que antes da edição da súmula seriam necessários alguns acordãos que corroborassem com a alteração. Assim, alguns autores alegam que a mudança foi brusca, sem base regimental, ou como se diz, ‘da noite para o dia, sub-repeticiamente’.

Mas, como já demonstrado nesse estudo, não foi assim que aconteceu. O Tribunal passou, no mínimo, quatro anos discutindo sobre essa alteração. Logo, segundo Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Maurício Godinho Delgado (2013) a alteração da Súmula 277 do TST não trata de nenhuma inovação, uma vez que a questão a ultratividade já era algo consolidado quando se tratava das sentenças normativas, como demonstrado aqui, no precedente normativo 120 do TST.

O Tribunal Superior do Trabalho buscou ouvir a sociedade antes que houvesse a alteração da Súmula 277 do TST em 2012. Logo, o argumento de que a alteração teria ocorrido da noite para o dia e sem o consentimento dos atores sociais seria uma inverdade.

O fato da interpretação do art. 614, § 3º, da CLT ser feito a partir da teoria que limita a aderência contratual limitada ao prazo, estaria, para Muradas (2011), ferindo o princípio da vedação ao retrocesso social, já que o fim da norma coletiva faria com que os direitos conquistados pelos trabalhadores retroagissem e fossem perdidos, e com isso, todas as lutas sociais dos sindicatos restariam perdidas após o prazo de dois anos.

Como já relatado, muitas foram as críticas e os elogios à nova redação dada à Súmula 277 do TST em 2012. Alguns doutrinadores alegavam que a súmula iria desestimular as negociações coletivas, pois para os trabalhadores seriam inibidas as novas conquistas de direitos e para os empregadores seriam concedidos benefícios que ficariam incorporados aos contratos individuais de trabalho e isso poderia engessar as negociações coletivas. Para o autor Alberto Maciel,

Conceder benefícios no acordo ou convenção coletiva que não podem ser mais retirados após o final do contrato, a não ser mediante outra negociação coletiva, é dizer ao trabalhador para não negociar os mesmos, pois já integram seu contrato de trabalho; é dizer ao empregador que não conceda mais benefício nenhum mediante negociação coletiva, pois este passará a ser um novo direito do empregado, ou seja, é dizer para ambas as partes interessadas que a negociação não deve ser mais realizada, levando-as ao dissídio coletivo, ao contrário de toda a evolução do Direito do Trabalho no sentido de dar força à negociação e à arbitragem nas soluções dos problemas

sociais (2012, p.15).

Esse era um dos pensamentos da época e de alguns autores, ainda, hoje. Alguns autores justralhistas alegam que seria um golpe nas negociações coletivas a sua aderência eterna e que os atores sociais ficariam relutantes na hora de negociar, pois saberiam que essas mesmas cláusulas negociadas poderiam condená-los posteriormente (PASTORE, 2013).

Na contramão desse entendimento temos autores como Ricardo José Macedo de Brito Pereira (2013), Roberto Freitas Pessoa e Rodolfo Pamplona Filho (2010) que defendem que a nova redação da Súmula 277 do TST de 2012 iria estimular e fortalecer a negociação coletiva e forçar os empregadores a negociar, pois eles iriam querer negociar direitos conquistados anteriormente e que continuariam em vigor pela ultratividade da norma coletiva.

Com todo esse movimento, que, de um lado, apoia a decisão do TST e, do outro, não apoia, muitas foram as jurisprudências sobre a súmula 277 do TST até o ano de 2017, pois a partir dessa data a reforma trabalhista proibiu a ultratividade das normas coletivas.

Algumas decisões das Cortes trabalhistas eram no sentido de que a ultratividade deveria atingir apenas as normas mais favoráveis aos trabalhadores e outras decisões foram contrárias, ou seja, mesmo as condições sendo mais benéficas para os trabalhadores não deveriam retroagir.

Outro fato levantado pela jurisprudência trabalhista foi a questão da segurança jurídica, pois, para algumas Cortes trabalhistas, a Súmula 277 do TST deveria surtir os seus efeitos apenas a partir de sua publicação. Nesse sentido, foi a decisão do Recurso de revista impetrado para a 1ª, a 3ª e a 4ª Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, senão vejamos o que disse a primeira turma, tendo tal decisão sido acolhida e repercutido nas decisões das demais turmas trabalhistas:

RECURSO DE REVISTA. BENEFÍCIOS PREVISTOS EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. ULTRATIVIDADE. NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST. INAPLICABILIDADE AOS INSTRUMENTOS COLETIVOS COM PRAZO DE VIGÊNCIA EXAURIDO. 1. O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, reunido na sessão do dia 14.09.2012, conferiu nova redação à Súmula nº 277 do TST, passando a reconhecer a eficácia ultrativa das cláusulas normativas e, conseqüentemente, a sua aderência aos contratos individuais de trabalho, de modo a somente poderem ser modificadas ou suprimidas por negociação coletiva posterior. 2. Constituindo

fonte autônoma de direito, as normas coletivas fazem Lei entre as partes no período de vigência. Assim, a nova redação da Súmula nº 277 do TST não tem aplicação retroativa para alcançar os instrumentos coletivos que tiveram seu prazo de vigência exaurido anteriormente à sua publicação em 25/09/2012, quando passou a vigor no mundo jurídico. 3. A observância do critério temporal da norma coletiva assenta-se no princípio da segurança jurídica, que objetiva conferir estabilidade às relações sociais, quanto à certeza das regras a serem observadas no tempo. Recurso de revista parcialmente conhecido e provido. (RR - 1308100-19.2006.5.09.0016 , Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 05/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/06/2013) Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647640819/recurso-de-revista-rr-5303820115080012/inteiro-teor-647640847>. Acessado em 28/10/2020.

Houve decisões contrárias a essas turmas, ou seja, foi aplicada a Súmula 277 do TST em situações que ocorreram antes da sua publicação em 2012. Dito isso, percebe-se que as discussões acerca da aplicação da Súmula 277 do TST geraram muitas divergências jurisprudenciais, bem como doutrinárias, que ainda hoje não encontram solução. A solução para a aplicação da ultratividade nas normas coletivas aguarda o julgamento da ADPF 323, que tramita no Supremo Tribunal Federal.

3.1.2 As teorias sobre a aderência das cláusulas normativas nos acordos e convenções coletivas do trabalho

Logo, a ultratividade significa a eficácia das normas coletivas depois de exaurido o prazo dos instrumentos coletivos. Para Lilian Gonçalves a ultra-atividade seria:

a eficácia das cláusulas coletivas de conteúdo normativo sobre os contratos individuais de trabalho por período superior à sua vigência, ou seja, é a aderência definitiva das cláusulas normativas aos contratos individuais de trabalho, independentemente da supressão do benefício ou da extinção da norma convencional instituidora. (2008, p.101)

Para Sérgio Pinto Martins (2014, p.417), a “ultratividade é a aderência de forma definitiva das cláusulas normativas da norma coletiva nos contratos individuais de trabalho por período superior à sua vigência”. No mesmo sentido, Silva (2005, p.1440) diz que, “ultra quer dizer excesso, além de, acima de, fora de. Atividade significa a soma de ações, de atribuições, de encargos ou de serviços desempenhados”. Para Brito Filho (2017, p. 204) “a ultratividade, então, é a sobrevivência de condições de trabalho pactuadas em instrumento normativo, após sua vigência, pela incorporação definitiva das cláusulas normativas nos contratos individuais de trabalho”. Essa discussão gira em torno

da aderência ou não das cláusulas normativas e não das cláusulas obrigacionais. Já foi matéria de explanação dessa tese que as cláusulas obrigacionais não aderem aos contratos individuais de trabalho.

A discussão que emerge gira em torno de saber sobre qual teoria deverá ser adotada no que se refere a incorporação das cláusulas normativas dos instrumentos coletivos celebrados pelos sindicatos. Sabe-se que, com a reforma trabalhista, a ultratividade ficou proibida, mas há uma discussão ainda em aberto no STF para decidir se é possível ou não adotar a ultratividade nas normas coletivas.

Na verdade, existem três teorias que serão explanadas no presente trabalho, ao final do qual será defendida propriamente a tese, cuja proposta reside na criação de uma nova teoria denominada de teoria plena-mitigada, que consiste na formulação dialética, a partir de duas teses já existentes, ou seja, a nova teoria garantiria as conquistas dos instrumentos coletivos anteriores e também garantiria a ultratividade.

Assim, quando os atores sociais se sentassem para uma negociação, os direitos conquistados seriam resguardados, fazendo com que a negociação não partisse do zero e sim do que fora conquistado com a última negociação. E quando se exaurisse o prazo dos instrumentos coletivos esses permaneceriam eficazes até que uma nova norma coletiva emergisse. Assim, passa-se a analisar as teorias existentes e a possibilidade de se criar essa nova teoria que iria garantir os direitos sociais fundamentais dos trabalhadores brasileiros.

Segundo o art. 611 da CLT “Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam **condições de trabalho aplicáveis**, no âmbito das respectivas representações, **às relações individuais de trabalho**” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del5452.htm) e, no parágrafo 1º, diz que “É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem **condições de trabalho**, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes **respectivas relações de trabalho**. O que se pode extrair desse artigo é que as normas coletivas deveriam ser incorporadas aos contratos individuais de trabalho já que serão aplicadas nesses contratos.

A inserção das cláusulas normativas convencionadas, segundo a doutrina, dá-se de maneira automática a partir de sua publicação. Segundo alguns doutrinadores, as cláusulas das convenções coletivas seriam inderrogáveis pelos contratos individuais de

trabalho, pois os substituiriam automaticamente (GOMES; GOTTSCHALK, 2006). “Na relação entre contrato individual e contratação coletiva, vigora o *principio da inserção*, segundo o qual as normas coletivas se inserem nos contratos individuais a que elas se reportam” (BERNARDES, 1989, p. 368). Para Umberto Grillo

Se os instrumentos normativos estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho, é óbvio que substituem, a partir de sua vigência, toda e qualquer norma individual preexistente, salvo aquelas mais favoráveis ao empregado, e devem, obrigatoriamente, ser estipuladas nos contratos individuais celebrados durante a sua vigência. Com isso, a norma coletiva se insere no contrato individual, automaticamente.[...]
[...] se o instrumento normativo concede benefícios ao empregado (alteração benéfica), a norma se insere automaticamente no contrato individual, passando a se incorporar ao patrimônio jurídico do obreiro. Se, entretanto, a norma coletiva é lesiva ao empregado (alteração negativa), a mesma resulta ineficaz. (GRILLO, 1989, p. 399-400).

Logo, com relação à aplicação imediata das cláusulas dos instrumentos coletivos, não há o que se discutir, pois elas integram o contrato de trabalho individual automaticamente após a sua publicação. O que essa tese questiona é se essa incorporação deve ser provisória, ou seja, deve ser eficaz até o prazo máximo de 2 anos como prevê o artigo 614, parágrafo 3º, da CLT ou se essa incorporação deve ser feita de forma definitiva. A tese ainda levanta a possibilidade de que mesmo que a incorporação seja de forma definitiva, ainda assim deve-se garantir a ultratividade dessas normas coletivas.

Assim, será analisada as correntes que permeiam a Súmula 277 do TST. Para o autor Maurício Godinho Delgado, existem três correntes doutrinárias a respeito da ultratividade das normas coletivas nos contratos individuais de trabalho. A primeira corrente defendida pelo autor é a da aderência irrestrita, ou seja, as normas coletivas integrariam os contratos individuais de trabalho para sempre. A segunda teoria defende que a aderência das normas coletivas nos contratos individuais de trabalho deve ser limitada pelo prazo e a terceira teoria seria uma teoria considerada intermediária que seria a limitada por revogação que defende que as cláusulas coletivas aderem aos contratos individuais de trabalho até que uma nova norma emergja e com isso essa teoria defende a ultratividade prevista na Súmula 277 do TST. Segundo a reforma trabalhista a teoria que está em vigor é da aderência limitada pelo prazo que deve ser de no máximo até 2 anos.

A primeira corrente tratada aqui, como aderência irrestrita, também pode ser chamada de “ultratividade incondicionada”, “ultratividade absoluta” ou “teoria da

incorporação”. Para essa corrente as cláusulas normativas dos instrumentos coletivos aderem de forma definitiva ao contrato de trabalho, ou seja, as normas coletivas prevalecerão em toda a relação de emprego e isso independe do término da vigência do instrumento coletivo. Os defensores dessa corrente afirmam que a aderência das normas coletivas no contrato de trabalho ocorre no momento em que é publicado o instrumento coletivo. Defendem também que a celebração de uma nova norma coletiva ou a extinção da norma coletiva, que está sendo aplicada, não poderá atingir os trabalhadores regidos pela norma anterior, pois não é possível que eles percam direitos já conquistados sob pena de ferir o princípio constitucional da norma mais benéfica.

Com isso, os trabalhadores não podem ser submetidos às normas coletivas posteriores menos benéficas. Apenas os trabalhadores contratados após a vigência da norma coletiva é que poderão ser atingidos pela nova norma coletiva, ou seja, aqueles que já são regidos por uma norma coletiva anterior teriam os seus direitos resguardados.

Essa corrente busca a incorporação dos benefícios conquistados pelas normas coletivas para os contratos individuais dos trabalhadores em busca de garantir o megaprincípio da proteção. A corrente tem como fundamento o art. 468 da CLT, que trata da impossibilidade da alteração do contrato de trabalho a não ser que seja por mútuo consentimento e que não traga prejuízos ao trabalhador.

Relata o art. 468 da CLT que “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del5452.htm). Para Amauri Mascaro Nascimento é preciso observar também a questão dos direitos adquiridos dos trabalhadores que foram pactuados.

Os principais fundamentos jurídicos dessa tese são dois: o *direito adquirido*, segundo o qual a cláusula coletiva tem o efeito natural de se incorporar, definitivamente, no quadro de direitos subjetivos do trabalhador; e a *inalterabilidade das condições individuais de trabalho* sem a anuência do trabalhador, quando a ele prejudiciais, funcionando o instrumento coletivo como simples veículo transmissor para que o direito venha a instalar-se no contrato individual (2015, p. 440-441).

Adeptos dessa corrente defendem também a necessidade de se preservar o princípio da inalterabilidade das condições de trabalho e por isso é correto a incorporação

das cláusulas normativas coletivas nos contratos individuais de trabalho. Porém, existem doutrinadores que defendem o contrário, pois dizem que o princípio da inalterabilidade só deverá prevalecer nas relações individuais de trabalho e alegam também que não há previsão legal que obrigue a integralização das normas coletivas aos contratos individuais de trabalho.

A presente tese de doutorado defende uma nova corrente que teria como base a corrente da aderência irrestrita, pois resguardaria direitos conquistados pelos trabalhadores na negociação de uma posterior norma coletiva.

A segunda corrente é a da aderência limitada pelo prazo, corrente que hoje vigora no país. Essa corrente defende que as cláusulas normativas dos instrumentos coletivos não devem ser incorporadas aos contratos de trabalho individual de forma permanente e sim devem ser limitados a um prazo de no máximo dois anos. Na verdade, o que essa corrente defende fere frontalmente os princípios constitucionais defendidos pela carta Magna de 1988, quais sejam, o princípio da vedação ao retrocesso, o princípio da norma mais benéfica e o megaprincípio da proteção e a autonomia privada coletiva, pois todos os direitos conquistados por meio das negociações coletivas restam perdidos após o prazo de vigência da norma coletiva e, com isso, o que se questiona é: e os direitos que já faziam parte daquela categoria há anos? O que levará o empregador a querer negociar se ele pode apenas atender o que está na CLT?

Um dos principais argumentos que defendem essa corrente é que essa seria a vontade do legislador por haver previsão legal para a não integralização das normas contratuais coletivas nos contratos individuais de trabalho.

Ainda tem quem defenda essa corrente por acreditar que a autonomia privada coletiva deve prevalecer em especial para que ocorram as alterações *in pejus ou in melius*. Assim, alguns doutrinadores defendem essa corrente com o argumento de que se possa garantir a autonomia dos sindicatos nas negociações coletivas. Na verdade, essa teoria fere a autonomia privada coletiva, que está garantida na Convenção nº 98 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil, pois quando a Lei 13.467/17 deixa claro em seu texto a vedação a ultratividade, essa norma está ferindo a autonomia privada coletiva.

Essa teoria advém da interpretação da norma contida no art. 614, §3º da CLT, no que diz respeito aos acordos e convenções coletivas de trabalho e do artigo 868, § único da CLT, no que trata das sentenças normativas.

Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as emprêsas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acôrdo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos

§ 3º Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade. ([Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017](#)).

Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/del5452.htm. Acessado em 28/10/2020.

Caso essa norma prospere, em que os instrumentos coletivos terão sua eficácia validada pelo prazo máximo de 2 anos e os instrumentos coletivos após esse prazo perderão a sua validade, ter-se-á uma verdadeira insegurança jurídica e social. Nessa corrente não há que se falar em ultratividade, pois a própria Lei já veda tal instituto.

É possível validar os dispositivos negociados nos instrumentos coletivos, que limitam o prazo de validade desses instrumentos, pois os artigos 7º, XXVI e 114, §2º da CF/1988, reconhecem a validade desses instrumentos como constitucionais. Além disso, o artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC (Decreto-Lei n. 4.657/42) relata que “não se destinando à vigência temporária, a Lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.” Relata Grillo (1989, p.402) que “os instrumentos normativos podem instituir normas de vigência temporária, a exemplo do que sucede com a própria Lei, que, embora geralmente estabelecida em caráter permanente, até que outra a modifique ou revogue, *pode ser destinada a ter vigência temporária* (art. 2º da LICC) com prazo prefixado ou até o preenchimento de uma condição previsível”. Diante disso, seguindo essa corrente, assim que findado o prazo de validade das normas coletivas os trabalhadores serão regidos pela norma infraconstitucional, ou seja, a CLT até que emergja um novo instrumento coletivo.

A terceira corrente a ser analisada é a da aderência limitada por revogação ou Teoria da Ultratividade Mitigada. Essa corrente defende a possibilidade de que, após findado o prazo do instrumento coletivo, a norma continue eficaz até que surja uma nova

norma coletiva. O problema dessa corrente é que quando emergir a nova norma, esta não garantirá os direitos conquistados anteriormente. Essa corrente já foi trabalhada no tópico anterior dessa tese, quando foi tratada a análise histórica da aderência das normas coletivas do trabalho no Brasil e realizada uma pesquisa acerca da ultratividade da Súmula 277 do TST.

Para os ministros do TST, Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado,

a jurisprudência que emana da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho já sinalizava um claro dissenso com a orientação predominante nos órgãos fracionários que, inspirados na antiga redação da Súmula nº 277, afastavam a eficácia da norma coletiva após seu prazo de vigência, ainda que outra norma coletiva não houvesse surgido a reger as relações coletivas de trabalho correspondentes. A nova redação da Súmula nº 277 do TST não cria direitos e benefícios. Permite, ao invés, que as regras coletivas se desenvolvam sobre os pontos relevantes, ou seja, a propósito dos direitos não regidos pela norma coletiva de trabalho precedente, salvo se há a intenção de modificá-los ou suprimi-los. Além disso, atende à lógica prevista no art. 7º da CF quando trata da preservação dos direitos que visem à melhoria das condições sociais dos trabalhadores. Leva, enfim, ao equilíbrio de forças, absolutamente essencial à negociação coletiva no contexto de um estado democrático (princípio da equivalência entre os contratantes coletivos). A ultratividade condicional, ou seja, aquela que faz a norma coletiva prevalecer até que a cláusula de interesse seja eventualmente derogada por norma coletiva posterior, promove a harmonia entre os atores coletivos da relação laboral, impondo a negociação coletiva de trabalho como um modo necessário de rever conquistas obreiras, sem o artifício de tê-las suprimidas pela mera passagem do tempo. (2012, p. 15)

Com essa análise, feita pelos ministros do Tribunal Superior do Trabalho- TST, o que se observa é que entre as três teorias abordadas, a teoria da aderência limitada por revogação seria, no momento, a mais adequada, pois garantiria que, até que surgisse uma nova norma coletiva, os trabalhadores teriam os seus direitos sociais fundamentais resguardados.

Nessa tese se corrobora também com essa terceira teoria, pois já foi dito que a proposta visa criar uma teoria mista em que se mantenha dialeticamente a primeira e a terceira teoria estudadas, ou seja, que se possa ter uma nova corrente plena-mitigada, que garanta a aderência irrestrita e a aderência limitada pelo prazo.

Seria possível imaginar essa possibilidade se o ponto inicial da discussão partisse do pressuposto já existente, segundo o qual existem cláusulas que se incorporam indefinidamente nos contratos individuais de trabalho mesmo que produzidos por normas coletivas. Ou seja, pelo princípio da irredutibilidade salarial previsto no art. 7º, VI, da

Carta Magna, as cláusulas que tratam do piso salarial e dos reajustes salariais incorporam indefinidamente nos contratos de trabalho não podendo ser alterados a não ser por uma situação atípica como a situação descrita na obra *Comentários à Constituição do Brasil*, que nos comentários ao art. 7º, VI, da CF/88, escrito por Estêvão Mallet e Marcos Fava, os quais dizem que:

A existência de acordo ou convenção coletiva, que indiquem contrapartida benéfica ao trabalhador pela redução salarial, não é o único limite que deve ser observado para a validade de cláusula redutora do salário, em face das garantias constitucionais dos incisos IV e V. Com efeito, havendo piso salarial, deverá seu valor ser observado como limite para a redução, tal como será observado para os limites intransigíveis do salário mínimo nacionalmente unificado e, existindo, o salário mínimo regional – ou piso, na forma da Lei Complementar n. 103/00. Além disso, a redução não poderá ser superior a 25% do valor nominal do salário, por força do contido no art. 503 da Consolidação das Leis do Trabalho, que trata da redução salarial em decorrência de força maior: “É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25%, respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo”. Esta autorização, que giza a comprovação de “força maior” ou “prejuízos devidamente comprovados”, não exclui a necessidade de norma coletiva. Vale dizer, existindo fato de força maior ou incorrendo o empreendimento em prejuízos “devidamente comprovados”, autorizada estará apenas a negociação coletiva com vistas à diminuição salarial, que não poderá, nunca, emergir de ato unilateral do contratante. Finalmente, uma vez submetida a exceção da redução salarial à efetividade de norma coletiva, é bem de ver que a providência não vigorará por prazo indeterminado, eis que a própria fonte normativa, acordos ou convenções coletivas, tem existência precária, limitada a dois anos (art. 614, § 3º, da CLT). Cessada a vigência da norma, impõe-se o restabelecimento do valor original do salário. (2018, p.615)

Assim, a constituição Federal de 1988, em situação excepcional, permite a redução salarial, contanto que seja resguardo o salário mínimo legal, por meio de negociação coletiva e apenas nessa situação, cuja vigência seria temporária, admitir-se-ia a redução do salário.

Corroborando com esse entendimento, o Ministro Maurício Godinho Delgado defende que “a jurisprudência tem considerado – com razão – que o patamar salarial resultante de instrumentos coletivos fixadores de reajustes salariais adere, sim, permanentemente, aos contratos de trabalho em vigor no período de vigência do respectivo diploma, mesmo após cessada tal vigência. (DELGADO, 2019, p. 1400).

Com isso, é possível vislumbrar uma nova corrente que defenderia a aderência irrestrita das cláusulas normativas e que também garantisse a ultratividade da norma

coletiva. A corrente será mais explorada no último tópico da presente tese.

3.2 PRAZO DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS COLETIVOS

A reforma trabalhista, introduzida pela Lei. 13.467/17, em seu art. 614, § 3º, diz que os acordos e convenções coletivas terão o prazo máximo de dois anos e que não será permitida a ultratividade. Assim, não existe na legislação atual nada que garanta que quando o prazo desses acordos e convenções expire os seus efeitos continuem existindo até que uma nova norma seja negociada. Pelo contrário, a referida lei diz textualmente que findo o prazo e não havendo outro acordo ou convenção, extinguem-se os efeitos, que advinham da última negociação. Daí a pergunta: e o que fica no lugar para garantir o mínimo existencial, depois da reforma trabalhista? Só há uma resposta, de acordo com a alteração: não há nada e volta-se à estaca zero de direitos; tudo o que fora conquistado desaparece. E se, para muitos empresários, como se diz, a situação é de esperança para alavancar a economia, para a classe trabalhadora o que permanece é a incerteza e o pavor de vislumbrar direitos arduamente conquistados esvaírem-se pelo ‘ralo’ das ideias neoliberais.

Algo preocupante é o aumento do número da realização dos acordos e convenções coletivas no Brasil. Caso se faça uma breve análise, no ano de 1997 o número desses instrumentos era de 9.782, ocorre que já em 2008 esse número aumentou consideravelmente passando a ser de 32.621. Esse fato foi relevante para motivar o Tribunal Superior do Trabalho a proceder uma mudança em seu entendimento, por isso, em setembro de 2012, o TST alterou a súmula 277, com o intuito de revisar o seu entendimento jurisprudencial, passando a permitir a ultratividade, com o desiderato de proteger o trabalhador e dar-lha maior segurança jurídica.

A súmula 277 do TST, antes de sua alteração em 2012, defendia que as normas coletivas, inclusive a sentença normativa, teriam a validade de no máximo dois anos. Com a alteração da súmula, houve a supressão do termo sentença normativa e os acordos e convenções coletivas passaram a ter validade de dois anos, mas só poderiam ser modificadas ou suprimidas por uma nova norma, fato esse que passa a garantir a ultratividade.

Essa alteração gerou uma série de pesquisas e críticas por parte dos doutrinadores que alegavam não existir precedentes sobre isso e muito menos uma Lei que tratasse do assunto. Mas, alguns estudiosos defendiam que a alteração não só estava em sintonia com a norma constitucional do art. 114, § 2º, mas era por esse corroborada, e que a ultratividade estaria em harmonia com os princípios trabalhistas existentes no país e que esse fato estimularia as negociações coletivas, entendimento esse que motivou o tema para presente tese. Entretanto, mais uma vez, que a súmula 277 do TST perdeu a sua vigência depois da promulgação da Lei 13.467/17.

É mister enfatizar que os doutrinadores que defendem a ultratividade das normas coletivas não são contra a duração pré-determinada dessas mesmas normas, pois desde a primeira regulação dos instrumentos coletivos há a previsão de estipulação de prazo como preconizado no Decreto n. 21.761/32, que diz:

Art. 7º A vigência das convenções coletivas, salvo estipulação em contrário, será de um ano.

§ 1º Considerar-se-á tacitamente prorrogada a convenção coletiva, nos mesmos termos e condições, sempre que os convenientes não hajam manifestado, pelo menos, trinta dias antes de terminar o ano ou prazo estipulado, intenção contrária à prorrogação.

§ 2º Seja por estipulação inicial ou por prorrogação, nenhuma convenção coletiva poderá vigorar por mais de quatro anos.

§ 3º As prorrogações das convenções coletivas serão igualmente, registradas e arquivadas no Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, na conformidade do art. 2º.

§ 4º A convenção coletiva por duração indeterminada ou tacitamente prorrogada pode cessar por vontade de qualquer das partes convenientes, assim como pode dela desligar-se todo componente de sindicato ou agrupamento conveniente, desde que notifique à outra parte a sua resolução, pelo menos, com trinta dias de antecedência, e a comunique ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, excetuado o caso de ser tal faculdade expressamente vedada pela convenção. (Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21761-23-agosto-1932-526768-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-.Decreto%20n%C2%BA%2021.761%2C%20de%2023%20de%20Agosto%20de%201932,Brasil%2C%20na%20conformidade%20do%20art.&text=%C2%A7%20%2C%20As%20conven%C3%A7%C3%B5es%20coletivas,obrigat%C3%B3rias%20nos%20termos%20do%20art.>) Acessado em 22/10/2020.

Logo, sempre houve prazo estipulado para a duração dos instrumentos coletivos e aqui não se está fazendo essa discussão, pois não se defende a duração ilimitada, por si só, de tais instrumentos. O que se pretende defender é que a duração permaneça de dois

anos, mas que ao extinguir-se, haja novo instrumento a substituir o anterior, e enquanto não houver nada para pôr no lugar do antigo instrumento coletivo, esse permaneça em vigor, produzindo seus efeitos, portanto, garanta a ultratividade até que uma nova norma emerja e quando essa nova norma emergir, que sejam garantidos os direitos antes conquistados e só a partir daí se começaria uma nova negociação.

Na esfera econômica e trabalhista de um país sempre haverá mudanças, e é por isso que se defende a aplicação desse prazo para que as novas condições sejam negociadas, mas sempre garantido o princípio da norma mais benéfica e a vedação ao retrocesso social. Na verdade, na prática dos sindicatos brasileiros, o que se percebe é a duração máxima dos acordos e convenções coletivas de um ano e, segundo Orlando Gomes e Elson Gottschalk, esse movimento se deve às possíveis mutações do direito e da economia.

Para Silva (1983, p.175),

o decurso do prazo máximo é o modo normal de extinção das convenções cuja vigência temporal limitada é da própria natureza do instituto. Dá-lhe a elasticidade necessária de ajustar-se às novas circunstâncias, permite automaticamente a negociação de novas condições de trabalho e obriga as partes a exercerem sempre a negociação coletiva, mesmo quando apenas prorroguem o teor da convenção antiga.

Logo, as normas que limitam os instrumentos coletivos não são contra os direitos dos trabalhadores, pelo contrário, elas existem para garantir os direitos destes de acordo com as suas necessidades no tempo, ou seja, o prazo indeterminado dessas normas poderiam prejudicar os trabalhadores e, como já dito nesse tópico, a ultratividade serve para estimular a negociação coletiva.

Por outro lado, existem autores que alegam que se as normas coletivas tivessem um prazo indeterminado, esse fato poderia ser de grande valia para os trabalhadores sempre que garantisse a norma mais favorável, o princípio da autonomia da vontade coletiva, de acordo com o qual existiriam cláusulas que possuiriam limites pelo decurso do tempo e outras cláusulas seriam indeterminadas. Segundo Monica Lopes (1998, p. 133-134)

Não parece, todavia, haver qualquer contradição de fundo na fixação, por convenção, de prazo de vigência superior ao limite estabelecido em Lei. A

economicidade ampla resultante deste procedimento é da própria essência da norma coletiva e de seu objetivo principal que é minimizar o conflito. O art. 614 só pode ser entendido como disciplina supletiva, aplicável na hipótese de ausência de qualquer previsão em sentido contrário... A vontade coletiva voltada para a definição de uma situação jurídica sem determinação de prazo para a geração de efeitos deve ser incentivada, como instrumento para atingir o desiderato da segurança jurídica plena, consolidado na expressão de interesses livremente apropriados e consignados no instrumento normativo.

Caso essa teoria fosse adotada, dar-se-á a verificação de cada cláusula pactuada no intuito de se verificar a norma mais benéfica e mantê-la por prazo indeterminado. O que deve ser levado em consideração são as várias possibilidades existentes.

O que se percebe é que há uma vasta discussão com relação aos prazos de validade das normas coletivas. A limitação deverá ter o intuito de proteção para os hipossuficientes, logo quando não for benéfica deveria se manter a ultratividade como já havia sido feito até 2017.

As questões da limitação do prazo dos instrumentos coletivos nem sempre significarão perdas de direitos, ou seja, se for possível aplicar o que se defende nessa tese que é a manutenção dos direitos conquistados anteriormente e a garantia da ultratividade nas normas coletivas.

3.2.1 O princípio da condição mais benéfica como um megaprincípio da proteção

O que impera é o argumento de que as relações de emprego e trabalho seguem modelos ultrapassados e estáticos de garantias aos trabalhadores e que isso engessaria as negociações empresariais frente a um mercado competitivo, e por isso, o direito do trabalho deve sofrer influência social e estar em constante mutação.

Isso é reflexo de uma mudança mais profunda, que atinge de cheio o modo de organização capitalista e a sua burguesia como ator principal. Ora, a classe burguesa, que durante o século XVII e XVIII mostrou-se revolucionária nas suas ideias de liberdade e igualdade, hoje tornou-se retrógrada, pois agora ela tende a assegurar o que conquistou, a ferro e fogo, se preciso.

Esses princípios, analisados nesse tópico, são os reflexos dos valores sociais decorrentes das relações trabalhistas. Assim, o princípio de proteção ao trabalhador passa a ser reconhecido no mundo do Direito como um megaprincípio do trabalho.

As relações de trabalho são mutáveis, assim como a sociedade. As modalidades de contratação da mão de obra trabalhadora ocorrem há vários séculos, seja essa mão de obra fruto do trabalho escravo ou não. As formas de contratação mudam, mas o que está por trás é sempre a mesma coisa, ou seja, a busca pelo lucro incessantemente. Assim, a classe trabalhadora fica cada vez mais vulnerável e nas mãos do mercado que não se preocupa em garantir os direitos sociais e fundamentais desses trabalhadores.

Com a globalização,²⁵ o cenário mundial do trabalho mudou. A busca pela mão de obra barata para fomentar a concorrência em um mercado livre trouxe um verdadeiro afrouxamento das relações de emprego, que se convencionou chamar com o nome de flexibilização.

A pressão pela capacidade imediata de resposta dos trabalhadores às demandas do mercado, cujas atividades passaram a ser ainda mais controladas e calculadas em frações de segundos, assim como a obsessão dos gestores do capital em eliminar completamente os tempos mortos dos processos de trabalho, tem convertido, paulatinamente, o ambiente de trabalho em espaço de adoecimento. (ANTUNES e PRAUN, 2015, p. 414)

O que se percebe com as flexibilizações impostas aos trabalhadores é que cada vez mais as empresas possuem funcionários que adoecem facilmente e que muitas dessas doenças são de ordem psíquica, pois os trabalhadores se subordinam aos novos modelos de regime de trabalho que os corpos e mentes não suportam, mas a necessidade de possuir um emprego, muitas vezes, é bem maior que a qualidade do emprego e de vida.

O papel do Estado nesse cenário é de protagonismo, mas o que ocorre na verdade é que o Estado corrobora com as ideias do mercado e do capital deixando com que o seu povo adoça e que esse próprio povo pague a conta. E com isso, permanece-se nesse

²⁵ É importante compreender que segundo Franz Hinkelammert (2014, p. 111-112) “na tradição dos movimentos socialistas, os direitos humanos sempre foram fundamentais. Lembro a famosa “Internacional” que entoava “A luta pelo direito humano”, evidenciando a grande importância dessa questão. No entanto, o enfoque hoje é diferente. Se hoje a proposta dos direitos humanos volta a ser apresentada com tanta urgência, o fato deve-se à estratégia de globalização. Ao anunciar ajustes estruturais, a estratégia de globalização preconiza esquemas de abolição do reconhecimento dos direitos humanos. Quando os estrategistas falam de distorções do mercado, normalmente se referem a distorções produzidas precisamente pelo reconhecimento dos direitos humanos, os quais asseveram o direito à vida. Para eles, então, a legislação trabalhista é distorção do mercado, assim como é a política de emprego. Dessa forma, a flexibilização do trabalho, a supressão de direitos que estavam até certo ponto integrados nesses estados de bem-estar, os direitos à saúde, à educação, à habitação, todos assegurados por medidas do Estado social, foram revogados e entregues a empresas privadas. Assim, todos os direitos são anulados enquanto direitos universais. Você tem educação se consegue pagar; talvez saúde, se pode pagar; moradia, se tem condições de pagar; e trabalho; se tem a sorte de ser contratado. Em nome da privatização e da luta contra as distorções de mercado, promove-se a extinção sistemática dos direitos humanos conforme proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Resulta daí que é imprescindível as organizações de defesa desses direitos discutirem sobre eles, prestando especial atenção à estratégia de globalização”.

movimento cíclico em que se muda o ambiente, mas, a busca é sempre pelo mesmo objetivo, ou seja, a busca desenfreada pelo lucro.

Alguns fatores econômicos, políticos e sociais afetaram as relações de emprego e trabalho e com isso o direito do trabalho se mostrou frouxo e flexível e isso só demonstra que o direito do trabalho sofre influências, mas tais influências sempre devem ser recebidas de maneira crítica, avaliando se importa em benefício à relação trabalhista e não só a um lado, que, não raro, e o lado de quem detem o monopólio da força de produção.

O modelo capitalista adotado por muitos países do mundo está intimamente ligado à flexibilização e à precarização, que permeiam as relações trabalhistas e atingem diretamente os trabalhadores. Assim, o que realmente ocorre é uma precarização das relações de trabalho e emprego na busca de geração do lucro incessante e em defesa ao modelo capitalista.

O “novo modelo capitalista” tem em sua representação as novas formas de contratação dos trabalhadores, que na verdade, são verdadeiras precarizações, ou seja, o teletrabalho, a terceirização, o trabalho intermitente, entre outros, são exemplos clássicos dessa modalidade. Na verdade, a mensagem que o mercado quer passar é a de que essas novas formas de contratação são a modernização para o direito do trabalho na busca de abertura de novas vagas de emprego. Mas, a que preço? O que parece é que os novos empregos não surgiram e sim o trabalho surgiu, ou seja, o trabalho informal, que não garante os direitos sociais da classe trabalhadora e que, por vezes, deixa esses trabalhadores doentes, pois são extremamente explorados em seus novos postos de trabalho.

Para o autor Ricardo Antunes, as consequências da precarização dessas mudanças ou metamorfoses, como o autor as denomina, estão:

... presentes ou em curso, em maior ou menor escala, dependendo de inúmeras condições econômicas, sociais, políticas, culturais etc., dos diversos países onde são vivenciadas, afetam diretamente o operariado industrial tradicional, acarretando metamorfoses no ser do trabalho. A crise atinge também intensamente, como se evidencia, o universo da consciência, da subjetividade do trabalho, das suas formas de representação. Os sindicatos estão aturdidos e exercitando uma prática que raramente foi tão defensiva. Distanciam-se crescentemente do sindicalismo e dos movimentos sociais classistas dos anos 1960/70, que propugnavam pelo controle social da produção, aderindo ao acrítico sindicalismo de participação e de negociação, que em geral aceita a ordem do capital e do mercado, só questionando aspectos fenomênicos desta mesma ordem. Abandonam as perspectivas que se inseriam em ações mais globais que visavam a emancipação do trabalho, a luta pelo socialismo e pela emancipação do gênero humano [...] (2015, p. 54)

O direito sindical vem sofrendo com o sistema de direito aberto, pois as fortes intervenções do mercado na efetivação dos direitos sociais causando transformações nas relações trabalhistas vêm enfraquecendo os sindicatos, que cada vez mais possuem menos filiados e menos influência nas negociações. O fato de se falar em sindicatos é de extrema importância, pois o trabalhador é o hipossuficiente dessa relação de emprego e necessita de uma representação coletiva, que lute pela garantia de seus direitos conquistados ao longo da história. O novo modelo que permeia as relações trabalhistas não concorre para novas conquistas e muito menos assegura as conquistas anteriores.

O desemprego²⁶ e as disputas mercadológicas pelo lucro acabam fazendo com que os trabalhadores se submetam a empregos precários, nos quais, na maioria das vezes, são explorados ou subutilizados e têm os seus direitos sucumbidos. Logo, isso seria “evidentemente, a incorporação e aceitação, por parte dos trabalhadores, da política concorrencial e de competitividade, formulada pelo capital, que passa a fornecer o ideário dos trabalhadores” (ANTUNES, 2015, p. 52). Assim, é possível a concretização dos desejos do capital e a efetivação do modelo neoliberal. Todas essas mudanças e a inércia dos sindicatos, pois estão desempoderados, faz com que as categorias desacreditem no ideal coletivo de luta de classe. Para Ricardo Antunes, no

mundo do trabalho no capitalismo contemporâneo, uma múltipla processualidade: de um lado verificou-se uma desproletarização do trabalho industrial, fabril, nos países de capitalismo avançado, com maior ou menor repercussão em áreas industrializadas do Terceiro Mundo. Em outras palavras, houve uma diminuição da classe operária industrial tradicional. Mas, paralelamente, efetivou-se uma expressiva expansão do trabalho assalariado, a partir da enorme ampliação do assalariamento no setor de serviços; verificou-se uma significativa heterogeneização do trabalho, expressa também através da crescente incorporação do contingente feminino no mundo operário; vivencia-se também uma subproletarização intensificada, presente na expansão do trabalho parcial, temporário, precário, subcontratado, “terceirizado”, que marca a sociedade [...] (ANTUNES, 2015, p. 61)

Logo, a precarização traz em seu bojo essas novas modalidades de contratação, como já dito anteriormente, ou seja, o aumento do trabalho informal, as contratações nas modalidades de estágios, contratos de experiência, trabalho intermitente, entre outros, que não levam em consideração todo o investimento realizado pelo trabalhador na sua

²⁶ Segundo Rosso (2017, p. 207) “As taxas de desemprego apontam invariavelmente os grupos sociais de jovens e idosos como os mais atingidos pela falta de trabalho”.

formação. Com isso, o mercado atinge o seu objetivo e os trabalhadores cumprem o seu papel nesse novo *modo operands* passando apenas a cobrirem uma necessidade temporária do mercado. A modalidade de emprego formal passa a ser algo distante e escasso e é substituído por modelos de contratações atípicas.

O princípio da proteção, ou como vem sendo chamado, o megaprincípio da proteção resta enfraquecido diante de todo esse cenário apresentado. O poder judiciário, em suas decisões, não pode perder de vista o megaprincípio da proteção e deverá se sensibilizar na hora de julgar com o intuito de garantir os direitos da norma mais benéfica para a classe trabalhadora e que nunca esqueça que nessa relação há uma parte mais fraca e hipossuficiente, que são os trabalhadores.

Muitas são as críticas feitas por parte da doutrina neoliberal sobre o megaprincípio da proteção, pois alegam que aí há uma forte intervenção do Estado. Em verdade, essa intervenção deverá respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e em defesa dos direitos sociais garantidos pela Carta Magna de 1988.

Na verdade, é preciso que essas novas modalidades de contratação respeitem a isonomia e a proporcionalidade, para que se consiga garantir o mínimo existencial para os obreiros na busca de não se obter um emprego precarizado.

Diante do cenário atual das relações trabalhistas, há um grande risco do megaprincípio da proteção perder a sua força e até mesmo de deixar de existir e isso seria muito ruim para o direito do trabalho, pois para o autor Pla Rodriguez (1996, p. 30) “O fundamento deste princípio está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho”. Logo, a essência da proteção aos trabalhadores faz parte do direito do trabalho na medida em que coloca o empregado e o empregador em um mesmo patamar de negociação e garante ao hipossuficiente direitos mínimos já consagrados na legislação trabalhista, bem como e acima de tudo, na Constituição Federal de 1988.

Para SÜSSEKIND (1993, p.128) "O princípio da proteção do trabalhador resulta das normas imperativas e, portanto, de ordem pública, que caracterizam a instituição básica do Estado nas relações de trabalho, visando a opor obstáculos à autonomia da vontade". Ou seja, o princípio da proteção ao trabalhador é o resultado da intervenção do Estado na proteção das relações trabalhistas buscando igualar as partes e assim obter um resultado justo, equânime.

Como já relatado, na presente pesquisa, os princípios sofrem internamente influências da sociedade, bem como emitem valores e assim sucessivamente. O Direito do trabalho emerge em um contexto de reconhecimento de direitos sociais oprimidos e de

muitos anseios sociais, com isso os princípios do Direito do Trabalho são encharcados de valores internamente.

O fato de o Princípio da Proteção permear todo o direito do trabalho, faz com que este não seja apenas reconhecido como um princípio, mas sim como um megaprincípio. O direito do trabalho surge em um ambiente hostil do capitalismo com o intuito de garantir o mínimo existencial dos trabalhadores e a dignidade da pessoa humana.

Na contemporaneidade vive-se em um momento de reorganização do sistema capitalista, ou seja, o que há são mudanças no mundo do trabalho em busca de adequações que muitas vezes só precarizam a relação de trabalho. A ideia do modelo capitalista é que os direitos trabalhistas são, na verdade, um entrave para o crescimento econômico. Os direitos trabalhistas deveriam ser percebidos como uma evolução social, pois foi uma conquista do povo em busca da dignidade da pessoa humana.

A pesquisa aqui apresentada faz uma crítica ao argumento segundo o qual, o direito do trabalho, precisa modernizar-se para enfrentar a grande competitividade da sociedade contemporânea. Ocorre que esse argumento pressupõe um modelo de organização social do qual se discorda, já que essa dita ‘modernização’ esconde em seu bojo um modelo de relação trabalhista, que, não raro, importa em precarização das relações de trabalho.

A sobrevivência dos princípios e direitos trabalhistas que protegem megaprincípio da proteção ao trabalhador não pode desaparecer e deve continuar a realizar o seu papel de proteção aos hipossuficientes das relações trabalhistas.

3.2.2 O princípio “*in dubio operário*”

O princípio “*in dubio operário*” é um dos princípios mais antigos e referência quando se trata de *in dubio pro misero*. Na verdade, esse princípio emerge na esfera trabalhista baseado no princípio penal *in dubio pro reo*. Neste princípio, encontram-se duas problemáticas: a primeira, e mais simples, é que ele já foi superado pelo princípio da norma mais benéfica; já o outro problema é um pouco mais grave, como relata Delgado (2019, p.249) “O segundo problema, muito grave, consistente no fato de que, no tocante à sua outra dimensão temática, ele entra em choque com princípio jurídico geral da essência da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio

do juiz natural”. Logo, o primeiro problema já resta por solucionado

Entretanto, a segunda debilidade do princípio é de substância, não podendo deixar de ser enfrentada. De fato, nesse antigo princípio estaria englobada não somente a dimensão de interpretação normativa (hoje referenciada pelo princípio da norma mais favorável), como também uma dimensão de aferição e valoração dos fatos trazidos a exame do intérprete e aplicador do Direito. À luz dessa segunda e combinada dimensão do princípio *in dubio pro misero* (exame de fatos e provas), propunha-se que a decisão da autoridade judicial deveria se dirigir em benefício do trabalhador, em caso de dúvida no exame de situações fáticas concretas. (DELGADO, 2019, p. 249).

Na verdade, o segundo problema do princípio trata-se de uma questão processual, pois defende que o empregador deverá se responsabilizar pela apresentação das provas em um processo trabalhista, tendo em vista que o empregador teria a maior possibilidade de colher esses dados.

Trata-se, pois, de uma dimensão processual do princípio *in dubio pro misero*. Contudo, essa diretriz propositora de um desequilíbrio atávico ao processo de exame e valoração dos fatos trazidos à análise do intérprete e aplicador do Direito não passa pelo crivo de cientificidade que se considera hoje próprio ao fenômeno jurídico. Na verdade, tal diretriz correspondia a uma fase rudimentar do Direito do Trabalho, em que esse ramo jurídico especializado ainda não havia conseguido incorporar um arsenal técnico-científico sofisticado no conjunto de suas normas, categorias e teorizações. (DELGADO, 2019, p.249-250)

Na verdade, o que caracteriza esse princípio é o seu viés protecionista para com os trabalhadores, uma vez que caberá ao juiz, intérprete da norma, enfrentar a dualidade da jurisdição e escolher a opção mais benéfica para o trabalhador. Busca-se o equilíbrio nas relações trabalhistas entre o empregado e o empregador.

Para Martins (2014), o princípio *in dubio pro operário* não poderá ser aplicado integralmente no processo do trabalho, pois caso haja dúvida para prolação de uma sentença dever-se-á observar de quem será o ônus da prova de acordo com os arts. 333 do Código de Processo Civil e o 818 da CLT, ou seja, não seria possível aplicar-se diretamente a norma mais benéfica. Muitas são as críticas existentes para com esse princípio. Aqueles que defendem dizem que ele é um norteador para a aplicação da Lei processual, pois direciona-a para o direito material.

Destaca-se também o fato de ser possível alcançar a ultratividade das normas

coletivas por meio do princípio *in dubio pro operario*, pois quando houver dúvida na interpretação da norma, segundo o princípio analisado, deve-se aplicar a norma mais favorável.

O grande problema é que a reforma trabalhista vai na contramão desse princípio pois, de acordo com a Lei. 13.467/17, o acordo coletivo sempre prevalecerá frente às convenções coletivas, ou seja, não interessa quem é mais benéfico ou não. Claro que se a norma mais benéfica prevalecesse a ultratividade como mais benéfica aos trabalhadores deveria prevalecer, mas não é isso que a Lei. 13.467/2017. A Lei proíbe taxativamente a ultratividade em seu art. 614 parágrafo 3º que diz “Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”.

Para Márcio Tulio Viana (1996, p.410)

sempre que a Lei se revelar a negação do Direito, devemos ajustá-la, adaptá-la, reeducá-la. Abandonarmos a postura de irresponsáveis por sua formação, para assumirmos a de responsáveis por sua mutação, como se fôssemos (e efetivamente o somos) seus co-autores, apenas que distanciados no tempo e no espaço do órgão legislativo.

Assim, a jurisprudência juristrabalhista deverá se manifestar na interpretação desse artigo no sentido de garantir o princípio *in dubio pro operário* e o megaprincípio da proteção.

A ultratividade defendida por alguns autores para a norma coletiva é uma condição para garantir a norma mais benéfica para os trabalhadores e assim garantir o princípio *in dubio pro operário*. Nas questões principiológicas os direitos sociais²⁷ tendem a se expandirem, pois as condições de trabalho que sejam mais benéficas deverão integrar os contratos individuais de trabalho e uma norma posterior não poderá suprimir ou reduzir direitos sob a pena de ferir o princípio da vedação ao retrocesso social e esses direitos já foram incorporados nos contratos dos trabalhadores e com isso, o que se pode perceber é a impossibilidade de se pensar em lacunas vazias normativas após a vigência

²⁷ Para Luigi Ferrajoli se refere a uma diferença estrutural entre os direitos de liberdade e os direitos sociais: dos direitos de liberdade, a que correspondem proibições, é possível predeterminar legalmente (e é habitual que sejam predeterminadas constitucionalmente) seus limites (por exemplo, a proibição de injúria ou difamação como limite da liberdade de expressão), mas não o seu conteúdo, já que dentro de tais limites são infinitos e indefinidos os atos que constituem seu exercício; dos direitos sociais, a que correspondem obrigações, é possível, ao contrário, predeterminar seu conteúdo (a saúde, a educação, a moradia, os mínimos vitais enfim), mas não seus limites ou sua medida, que dependem em verdade do grau de desenvolvimento econômico e social de cada país (FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p.94).

da norma coletiva. Os artigos 444 e 468 da CLT dizem:

Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

Esses artigos preservam o princípio em proteção a norma mais benéfica para os trabalhadores e estão em sintonia com a permanência da ultratividade, bem como, com a possibilidade dos direitos conquistados em acordos e convenções coletivas anteriores sejam preservados. Assim, corroborariam com a defesa dessa tese que busca criar uma nova corrente que defenda direitos já conquistados em instrumentos anteriores e a ultratividade.

Assim, seria possível garantir princípios constitucionais e princípios justrabalhistas defendidos pela doutrina majoritária no país. Pois, sempre existiria uma norma coletiva anterior para que se pudesse dar início a uma nova negociação.

Nesse sentido é possível defender que as normas trabalhistas brasileiras não defendem o vácuo pré-determinado pelo art. 614 parágrafo 3º o que se entende é que deverá existir a continuidade consecutiva das normas coletivas não podendo elas deixarem de existir após dois anos e pronto. A própria CLT em seu art. 616, §3º relata que “Havendo convenção, acordo ou sentença normativa em vigor, o dissídio coletivo deverá ser instaurado dentro dos 60 (sessenta) dias anteriores ao respectivo termo final, para que o novo instrumento possa ter vigência no dia imediato a esse termo”, no intuito de não permitir um vácuo de normas coletivas e corroborando com esse entendimento diz o art. 867, parágrafo único, alínea b, da CLT que: Parágrafo único - A sentença normativa vigorará: b) a partir do dia imediato ao termo final de vigência do acordo, convenção ou sentença normativa, quando ajuizado o dissídio no prazo do art. 616, § 3º. O que se compreende da leitura desses dois dispositivos normativos é que a própria norma necessita de uma ultratividade para que não fique um vácuo jurídico entre as criações das normas coletivas, ficando assim condicionada a extinção da norma anterior apenas com a criação de uma nova norma.

3.3 UMA NOVA CORRENTE EM BUSCA DA GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS TRABALHADORES

Nesse tópico será analisada a possibilidade de se criar uma nova corrente para a aderência das normas coletivas nos contratos individuais do trabalho, ou seja, a possibilidade de se ter um resultado diante de uma negociação coletiva que garanta direitos já negociados e que garantam também a ultratividade dessas normas que para alguns doutrinadores poderia parecer que engessaria as empresas causando certo desconforto nas negociações. É preciso que os empresários percebam que só será possível negociar coletivamente aquilo que realmente se pode garantir, caso contrário, negocia-se individualmente.

O certo é que com a Lei 13.467/17 a classe trabalhadora tente buscar meios para garantir alguns direitos considerados como fundamentais e essenciais para a subsistência dos obreiros.

Uma das alternativas para solucionar esse problema já foi apresentada pela Lei 8.542/92 que dizia em seu art. 1 §1º: “§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. (Revogado pela Lei 10.192, de 14.2.2001). A Lei. 13.467/17 veda a ultratividade explicitamente em seu art. 614 §3º que diz: “não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade”. A falta de ultratividade enfraquece ainda mais os sindicatos fazendo com que os direitos fundamentais dos trabalhadores reconhecidos desde a Constituição de Weimar na Alemanha que inspirou várias constituições na Europa e que o Brasil segue o modelo desde a Constituição de 1934, fique cada vez mais fragilizados em um modelo de Estado liberal de modelo capitalista.

A garantia da ultratividade na CLT seria em parte a solução inicial para a problemática que se está enfrentando, com isso, seria possível se poderia pensar em uma nova corrente que garantisse que a negociação após o prazo de vigência, só ocorresse com a manutenção de direitos já conquistados nas negociações anteriores. Assim, poderia se falar em uma nova corrente doutrinária que poderia ser chamada de “plena-mitigada”.

Diante do modelo neoliberal, que se vivencia hoje no Brasil, essa nova teoria seria um verdadeiro desafio e uma das propostas seria essa nova corrente “plena-mitigada” surgir por meio de uma Convenção Internacional, albergada pela OIT ou uma Recomendação oriunda desta mesma OIT. Para que isso ocorra, os sindicatos, as federações e as confederações deveriam mobilizar-se nacionalmente para instigar a Organização Internacional do Trabalho, por meio dos seus representantes brasileiros, a aprovarem uma convenção, com previsão da ultratividade e da preservação dos direitos conquistados anteriormente e, com isso, baseado no art. 114, parágrafo segundo da CF/88, o Brasil poderia ratificar a Convenção e pôr em prática a nova teoria plena-mitigada.

3.3.1 A busca da efetivação dos direitos sociais e os limites da autonomia coletiva na Lei nº 13.467/2017

Em virtude da aprovação da Lei. 13.467/17 a flexibilização passou a ser um tema corriqueiro para o mundo do trabalho. A reforma trabalhista é crítica por uns e elogiada por outros, aqueles que a elogiam dizem que era uma reforma necessária para que houvesse uma flexibilização das normas em busca de angariar mais empregos só que na verdade após três anos da reforma o que se percebe é o aumento do desemprego ou de empregos precarizados.

A reforma trabalhista contraria os próprios princípios do direito do trabalho, suprime regras que eram benéficas para os trabalhadores, valoriza a livre autonomia da vontade, dá prioridade a livre negociação individual e acaba por afastar os direitos fundamentais, tão arduamente conquistados pelos trabalhadores.

É bem verdade que um instrumento de grande importância para o direito do trabalho são as negociações coletivas, pois essas negociações buscam solucionar as demandas dos atores envolvidos para preservar a autonomia da vontade coletiva e garantir os limites impostos pela Carta Magna de 1988.

A Constituição Federal de 1988 preserva em seu artigo 7º os direitos dos trabalhadores brasileiros e em seu caput resguarda o princípio constitucional da norma mais benéfica o grande problema que emerge é a criação de regras *in pejus* que poderão reduzir ou suprimir direitos em “prol da coletividade”. Assim, é preciso a imposição de limites para as normas que autorizam a flexibilização dos direitos por meio das

negociações coletivas para que se possa garantir os direitos sociais resguardados na Carta Magna de 1988 e evitar a precarização das relações trabalhistas.

Com isso, o que se percebe é que a reforma trabalhista possui um grande conflito entre a autonomia da vontade coletiva e o princípio do valor social ao trabalho. Para Moraes (2017, p.79)

As regras e princípios normativos possuem carga axiológica proveniente diretamente da Constituição Federal que lhes conferem sentido e finalidade, de modo que, num juízo de ponderação, quando dois ou mais princípios aparentam colisão, há que se recorrer a esse sentido deontológico para identificar o devido espaço de cada princípio analisado, cuidando para que nenhum deles sucumba completamente ao outro.

Para o mesmo autor a jurisprudência trabalhista já possui um posicionamento consolidado a respeito dos conflitos aparentes entre princípios trabalhistas ele relata que:

A doutrina e a jurisprudência juslaboral, como já consignado, possuem sólida compreensão e posição sobre esse aparente conflito e quem melhor delineou tal questão foi o brilhante ministro do C. Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, que ao analisar o espaço reservado à negociação coletiva em face da legislação heterônoma formulou dois princípios basilares e complementares: o princípio da criatividade jurídica e o princípio da adequação setorial negociada. (MORAES, 2017, p. 79)

Esses dois princípios já foram analisados no primeiro capítulo dessa tese. O princípio da criatividade jurídica diz respeito à possibilidade do direito coletivo poder criar suas próprias normas autônomas que de acordo com a reforma trabalhista se sobrepõe as normas criadas pelo legislador. Sabe-se que o princípio da criatividade jurídica é de grande importância para o direito coletivo, mas também é sabido da necessidade de se perceber os limites dessa negociação que já foram tratados no tópico que trata princípio da adequação setoriada.

Resumidamente o princípio da adequação setorial negociada irá tratar de direitos que são de indisponibilidade relativa e de indisponibilidade absoluta. O que trata de indisponibilidade relativa poderá ser negociado por meio de acordos e convenções coletivas, mas o que diz respeito aos direitos de indisponibilidade absoluta não poderão ser negociados. É óbvio que já foi tratado, aqui, nessa tese que não é bem isso que ocorre após a reforma trabalhista.

Ocorre que há muitas divergências doutrinárias com relação às alterações

trazidas pela Lei. 13.467/17, ou seja, alguns autores defendem que essa reforma trabalhista deveria ser considerada pelo poder judiciário como inconstitucional, levando em consideração, dentre outros argumentos, o levantado pelo minimalismo judicial, ou seja, o pensamento do autor dessa tese, com base na afronta ao caput do art. 7º da CF/88, que garante o princípio da norma mais benéfica enquanto a reforma não tem essa pretensão, pois suprime direitos dos trabalhadores já conquistados ao longo da história e isso afronta integralmente os direitos fundamentais sociais da classe trabalhadora. Como já tratado anteriormente nessa pesquisa, seria possível uma intervenção judicial que poderia considerar a reforma trabalhista como inconstitucional, tendo em vista que não respeitou a democracia deliberativa, daí a possibilidade do minimalismo judicial atuar frente a essas reformas, que ferem frontalmente os Direitos Sociais e Fundamentais, numa palavra, a classe trabalhadora e, de maneira geral, porque não dizer, um desrespeito com a sociedade brasileira enquanto tal.

Por outro lado há doutrinadores que consideram a reforma trabalhista como constitucional, pois ela garantiria o princípio da autonomia da vontade coletiva e para esses estudiosos seria necessária uma maior flexibilização das normas trabalhistas brasileiras para que o mercado brasileiro se adapte ao mercado global garantindo assim um maior número de empregos. Essa não é uma realidade apenas brasileira como bem relata Valdete Souto Severo (2008):

com vistas à precarização do direito do trabalho, tais como as últimas alterações vividas na Itália. A Lei Biaggi, de 2003, constitui resultado de um Livro Branco editado pelo governo daquele país, do qual se extrai claramente a idéia de fortalecer a competitividade econômica, em detrimento das garantias sociais elementares. Tudo – no Brasil como na Europa – em nome da legítima preocupação com o alto grau de desocupação, a expressiva falta de emprego que não constitui apenas um problema atinente aos países ditos emergentes. Na Itália, várias espécies de contrato foram criadas por recentes alterações legislativas, destacando-se as novas formas de contratação disciplinadas no Decreto-Lei 276/2003, denominadas "lavoro a chiamata", uma espécie de contrato em que o trabalhador permanece à disposição do empregador, que utiliza e remunera a sua mão-de-obra apenas quando tem necessidade, ou o "lavoro a progetto", pelo qual a existência de um projeto determina a autonomia do trabalhador. A Lei 30/2003 ainda substituiu a expressão então utilizada para a terceirização de serviços ("lavoro interinale") pela expressão "somministrazione di lavoro", disciplinando-a amplamente. Garante total isonomia entre os trabalhadores contratados diretamente e aqueles ditos "terceirizados". Criaram-se, ainda, os denominados "amortecedores sociais", ou seja, mecanismos de proteção estatal para os trabalhadores em caso de desocupação, que a doutrina italiana diferencia da não-ocupação. Os "amortecedores" agem nas hipóteses de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho. (Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11903/o-mundo-do-trabalho-e-a-flexibilizacao>. Acessado em 20/10/2020).

Logo, a ideia é de flexibilizar direitos sociais com a desculpa de facilitar o ingresso no mercado de trabalho, ou seja, criar normas mais flexíveis para quem já está empregado, que seria um verdadeiro retrocesso social, e tentar melhorar a qualidade social de vida de quem busca emprego. Esses são alguns dos argumentos levantados tanto no Brasil como na Itália.

Essas mudanças merecem ser avaliadas cuidadosamente, pois é preciso garantir o princípio da vedação ao retrocesso social sempre que essas alterações atingirem o núcleo constitucional dos direitos fundamentais.

Para um autor Jorge Luiz Souto Maior (2017) a reforma trabalhista está eivada de inconstitucionalidade, pois

... não há dúvida de que a aprovação desse dispositivo implicará imediato reconhecimento de sua inconstitucionalidade, pois a doutrina constitucional contemporânea é unânime em reconhecer a necessidade de que a legislação derivada respeite seus limites mínimos. Não é dado ao legislador infraconstitucional, e muito menos às partes, derrogar norma constitucional. Uma convenção ou acordo coletivo que o fizesse seria, portanto, eivada de nulidade.

A coragem de propor algo dessa natureza - porque não nos é dado pensar em mero desconhecimento de toda a base jurídico-filosófica que sustenta nosso ordenamento jurídico - revela tratar-se de uma verdadeira cruzada contra os direitos sociais. Uma cruzada que não encontra limites sequer na norma constitucional, que desafia a lógica, a hermenêutica e a história das relações de trabalho no Brasil. (Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>. Acessado em 20/10/2020).

Logo, Souto Maior esclarece que não é dado ao legislador infraconstitucional o direito de permitir que a CF/88 seja atingida em seu núcleo de direitos fundamentais por qualquer tipo de reforma, sob pena da norma ser considerada automaticamente inconstitucional. Portanto, segundo João Marcos Castilho Morato (2003) aceitar a flexibilização trabalhista como uma maneira protetiva que visa direitos menos favoráveis, para os trabalhadores, que os previstos na Lei, que se justificariam em períodos de crise econômica, seriam um grande equívoco, pois compromete o próprio modelo social e econômico defendido pela CF/88.

Sabe-se que a dita “flexibilização” adotada pela Lei. 13.467/17, que na verdade se trata de uma precarização das relações trabalhistas, é uma expressão do modelo neoliberal que retoma a livre negociação onde prevalecem as vontades individuais. Acredita-se que esse não é um modelo ideal para o povo brasileiro e muito menos o

modelo defendido na Carta Magna de 1988, pois só haverá desenvolvimento em um país em que se dá condições dignas de trabalho para o seu povo e a precarização das relações de trabalho não é a melhor medida. Muitas outras reformas seriam necessárias para tentar ajudar o povo brasileiro a manterem os seus empregos em condições dignas com respeito aos princípios constitucionais.

Dito isso, o que se percebe na doutrina brasileira é que a maioria dos doutrinadores aceita a flexibilização, pois na realidade atual será muito difícil fechar os olhos para essas mudanças, mas é preciso demonstrar inquietação quanto aos limites dessas flexibilizações e é isso que autores como Marício Godinho Delgado, Alice Monteiro de Barros entre outros buscam fazer em suas pesquisas publicadas. Deve-se levar em consideração o princípio da norma mais benéfica como proclama Romita (1999, p. 140) menciona que:

A autonomia coletiva só poderia expressar-se validamente no sentido de melhorar em benefício do trabalhador os mínimos legalmente previstos, não sendo válida, portanto, para suprimir direito fundamental diretamente relacionado à saúde do trabalhador e, pois, afeto ao núcleo de direitos.

Questão que já foram discutidas nessa tese, mas que são relevantes para se destacarem nesse tópico diz respeito à compensação de jornada de trabalho que existe desde a criação da CLT. As questões de higiene, saúde e segurança dos trabalhadores são direitos constitucionais absolutos e devem ser resguardados, logo quando se fala em compensação de jornada a saúde do trabalhador deverá ser tema relevante. Fato esse que não ocorreu com a reforma trabalhista que em seu parágrafo único do art. 611-B deixa claro que: “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” absurdo esse que merecia ser considerado automaticamente inconstitucional, pois fere diretamente os direitos sociais dos trabalhadores brasileiros.

É preciso que os operadores do direito ao interpretar a Lei 13.467/17 a interpretem de forma a assegurar a todos os trabalhadores brasileiros os seus direitos constitucionais e garantam a permanência das normas de ordem pública. Não restam dúvidas com relação à importância das negociações coletivas para o direito trabalhista nacional, mas o negociado não poderá prevalecer sobre o legislado quando o que estiver sendo discutido sejam as normas de ordem pública que garantirão um patamar mínimo civilizatório para os trabalhadores desse país.

É preciso ter em mente que alguns direitos são absolutamente indisponíveis e a eles não caberá negociação, nem mesmo sob o argumento da autonomia da vontade coletiva e como exemplo tem-se as normas de segurança, higiene e saúde do trabalhador, a assinatura da CTPS bem como outros direitos.

O que se roga, aqui, é pela plena garantia dos direitos fundamentais sociais resguardados constitucionalmente.

3.3.2 A incorporação das cláusulas da norma coletiva no Direito do Trabalho internacional

Assim, o tema discutido passará a ser analisado em âmbito internacional com o intuito de demonstrar que é um fenômeno recorrente na doutrina estrangeira e que poderá ser uma realidade no Brasil, mas com um recorte diferente em que se garantiriam os direitos mínimos negociados.

Na doutrina internacional existem duas correntes que tratam da possibilidade da incorporação das normas coletivas, uma corrente é a favor a incorporação e a outra é contra a incorporação das normas coletivas ao direito individual do trabalho.

Segundo Sergio Pinto Martins (2014), na Alemanha o conteúdo normativo das convenções coletivas prevalece até que surja uma nova norma. No entanto, se a nova convenção não tratar da mesma matéria da norma anterior, as normas da convenção antiga permanecem vigorando.

No que diz respeito ao modelo alemão, Ulrich Zachert explica:

A convenção coletiva perde sua vigência, em geral, quando se a denuncia por uma das partes no prazo determinado. Pese a isso, segundo determina o § 4.5 TVG (Lei das Convenções Coletivas) em combinação com o § 3.3 TVG, persiste a obrigatoriedade das cláusulas normativas da convenção coletiva uma vez vencida, até que não entre em vigor outra convenção que as substitua. Pode-se falar, portanto, de ultra-atividade da convenção coletiva (2004, p.47).

Na Argentina, o art. 5º da Lei n. 14.250/1953, relata que as normas convencionadas em convenção coletiva permanecerão inalteradas até que emerja uma nova convenção. Nesse, sentido os doutrinadores argentinos entendem que as normas convencionadas não fazem direito adquirido, por tanto, podem ser alteradas para suprimir direitos.

Para Martins (2014), na Áustria o artigo 13 da Lei de organização do trabalho de 1974 diz que após a extinção do contrato coletivo as suas normas permanecem em vigor até que seja realizado um novo contrato, ou seja, possui ultratividade. Já na Bélgica, o que foi convencionado é considerado direito adquirido, salvo cláusula proibitiva na própria convenção. Na Costa Rica, há a incorporação das cláusulas convencionadas no contrato individual de trabalho. Na Colômbia, o código de trabalho em seu artigo 479, 2 diz que formulada a denúncia da convenção, ela, permanecerá em vigor até uma nova convenção surgir.

Para os autores Augusto César Leite de Carvalho, Kátia Magalhães Arruda e Mauricio Godinho Delgado (Disponível em: <http://www.veritae.com.br/artigos/arquivos/artigo%20-%20274.pdf>) Acessado em 22/10/2020

À semelhança dos modelos francês e italiano, adotou-se na Espanha, desde fevereiro de 2012, a ultratividade da norma coletiva por certo tempo – na Espanha, por dois anos, contados a partir de quando ela seja denunciada, se denúncia houver. O importante é evitar a intercorrência de vazios normativos, em que se derruiam as condições de trabalho sedimentadas historicamente no âmbito de cada atividade.

O estatuto dos trabalhadores da Espanha em seu artigo 86.1 relata que se houver denúncia do convênio, mantêm-se as cláusulas normativas até a celebração de um novo convênio. Segundo José Soria Vida et al...

O art. 86.1 ET atribui às partes negociadoras a faculdade de determinar a duração da convenção celebrado (...) Não obstante, alcançado o termo final de vigência da convenção ou transcorrido o prazo estabelecido a esse efeito, a convenção não se extingue automaticamente. Para a terminação ou conclusão é preciso que medie a denúncia expressa das partes contratantes. (...) O efeito imediato da denúncia é a perda de vigência do conteúdo obrigacional, e a continuidade ex lege de seu conteúdo normativo ou regulador ('ultra-atividade' ou sobrevigência provisória da convenção), enquanto não se alcance acordo expresso (2204, p.267).

Na França, quando um acordo ou convenção coletiva foi denunciado e não forem celebrados novos acordos e convenções num prazo de um ano, a não ser que a convenção ou acordo trate de outro prazo, as vantagens conquistadas pelos trabalhadores permanecem até que emerja um novo acordo ou convenção coletiva. Caso emerja a nova convenção ou acordo não há que se falar em direito adquirido, podendo assim alterar as cláusulas anteriores.

Ainda para Martins (2014), o artigo 19 da Lei de convenção coletiva de trabalho da Holanda relata que, caso não haja denuncia da convenção, ela será automaticamente renovada por o prazo de um ano e assim sucessivamente. Nos países baixos, segundo Asscher-Vonk *apud* Martins (2014).

Normalmente, as convenções se firmam para um período fixo, que não pode superar os cinco anos. (...) A legislação não contém nenhuma disposição sobre a ultratividade. Quando uma convenção coletiva se extingue, as partes signatárias já não estão vinculadas (por exemplo, os sindicatos recuperam o direito de fazer greve, que pode ser suspensa pela convenção coletiva). Sem embargo, as condições dos contratos de trabalho individuais que dependem da convenção coletiva seguem vigentes, é dizer, as condições continuam vinculantes, a menos que as partes acordem outras condições. Assim se sustenta na literatura jurídica e na jurisprudência.

A Jurisprudência italiana entende que a nova convenção coletiva substitui a anterior por inteiro, não interessando se as cláusulas são mais benéficas ou não ao trabalhador. Interessante ressaltar que na Itália a ultratividade é dada por jurisprudência, porém é possível que a ultratividade seja prevista na própria convenção coletiva. Bruno Veneziani (2004, p.177)

Dado o caráter privado das convenções coletivas existentes, seus efeitos, tanto normativos como obrigacionais, não operam de jure uma vez que a convenção se tenha extinguido (o chamado princípio da ultratividade). Mas algumas sentenças estabelecem que a convenção extinta segue produzindo efeitos até sua renovação (Cass. 22 de abril de 1995, nº 4563). Em todo caso, algumas convenções contêm cláusulas que estabelecem a ultratividade (art. 36 da convenção coletiva nacional das indústrias metalúrgicas).

Em Luxemburgo, as convenções coletivas poderão ser reconduzidas por prazo indeterminado, desde que não exista disposição contrária. Relevante ressaltar que no México, mesmo que o sindicato deixe de existir as normas coletivas continuarão a reger o contrato de trabalho.

Segundo Martins (2014, p.429) “No Paraguai, o art. 337 do Código de Trabalho dispõe que as estipulações do contrato coletivo se convertem em cláusulas obrigatórias ou em parte integrante dos contratos individuais do trabalho vigente no momento de sua homologação ou que se estabeleçam durante sua vigência”. Logo, no Paraguai as normas coletivas aderem ao contrato de trabalho definitivamente. Em Portugal, uma nova convenção revoga a anterior não garantindo direitos conquistados, mas admite a ultratividade.

Como explica Bernardo Xavier, nos seguintes termos:

Geralmente, os acordos são válidos para qualquer período pactuado expressamente pelas partes. (...) As convenções coletivas também têm efeitos ultra-ativos, já que – de acordo com o artigo 11, ponto 2 da LRCT – se mantêm em vigor até que as substituam outros instrumentos de regulação coletiva (2004, p.198).

Para Martins (2014, p. 430):

Na Suíça, leciona Manfred Rehbinder que as normas convencionais não se incorporam ao contrato individual do trabalho. Não é possível a ultratividade (*Nachwirkung*). O art. 341 do Código das Obrigações prevê que o trabalhador não pode renunciar, durante a vigência do contrato individual e durante o mês após o término deste, aos créditos resultantes de disposições de Lei ou da convenção coletiva.

No Uruguai, Francisco de Ferrari não admite que, denunciado o convênio coletivo, este continue a ser aplicado às relações individuais de trabalho anteriores.

O art. 381 do Regulamento da Lei do Trabalho da Venezuela, de 1974, previa que, vencido o prazo de vigência de um contrato coletivo de trabalho, as estipulações econômicas e sociais que beneficiam os trabalhadores continuarão vigentes até que seja celebrado outro que as substitua.

A partir dessa análise internacional é possível perceber quão diversa é a legislação no que tange as normas coletivas de trabalho. Alguns países consideram a ultratividade, e outros não, bem como alguns países consideram o direito adquirido das normas coletivas e outros não.

Diante do exposto, e de toda a fundamentação baseada nos princípios que seriam a base para a justificação dos direitos conquistados em negociações sejam considerados adquiridos, espera-se que essa tese contribua significativamente para acolher o direito dos trabalhadores conquistados nas negociações coletivas e para que os sindicatos fiquem cada vez mais fortes, podendo proporcionar, as suas categorias, mais vantagens.

3.3.3 A corrente Plena-mitigada como uma opção para os trabalhadores brasileiros na garantia de seus direitos fundamentais

Feitas essas explanações iniciais, a presente tese de doutorado chega ao seu ápice e passará a analisar o foco que foi perseguido na construção da tese de doutorado. Os princípios que permeiam a súmula 277 do TST já foram analisados no primeiro capítulo da tese doutoral.

O objetivo que se persegue é o de esclarecer as divergências existentes na anterior aplicação da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho-TST, em relação aos direitos dos trabalhadores “conquistados” entre uma convenção e acordo coletivo de trabalho e o término do prazo de validade e suas futuras negociações. Desde a Lei 13.467/17 a súmula 277 do TST deixou de vigorar.

Percebe-se que quando há a negociação, ali se vislumbra que as decisões são deliberadas diretamente pelos envolvidos, de modo que estão em jogo às vontades e as necessidades das categorias e das pessoas representadas tanto pelo sindicato das empresas como pelo sindicato dos obreiros, como também pela própria empresa. Essa maneira de negociação garante a legitimidade da decisão, na medida em que se tem uma maneira democrática e porque não dizer, quase que direta, de se fazer normas, visto que as convenções e acordos são fontes formais do Direito. Dessa forma, não se pode deixar de levar em consideração todo esse contexto de conquistas, respaldadas pelos sujeitos de direito envolvidos nas negociações, pois se assim fosse, estaria, como diz Hazan (2012, p. 175) em seu artigo intitulado: Súmula n.277 do TST: Prazo de validade das Conquistas Trabalhistas e Direito Jogado Fora, que esses direitos são descartados. Direito esse pleiteado e negociado com as categorias interessadas e legitimados por suas assembleias.

É preciso que uma nova corrente emergja nas negociações trabalhistas para que se evite um verdadeiro retrocesso nas conquistas sociais. A questão do prazo de validade das normas coletivas e o fato de sempre a negociação coletiva começar do zero traz para os trabalhadores muitas incertezas e para as empresas a certeza de que se elas não quiserem negociar ficará tudo como está.

O que se percebe é um verdadeiro retrocesso de direitos sociais, mas antes de se pensar na proibição do retrocesso dos direitos deve-se levar em consideração a possibilidade de retroatividade benéfica, como preconiza o seguinte relatório: “O princípio insculpido no inciso XXXVI do art. 5º da Constituição (garantia do direito adquirido) não impede a edição, pelo Estado, de norma retroativa (Lei ou decreto) em benefício do particular (STF, RE 184.099, Rel. Min. Octávio Galloti, *Dj* de 18-4-1997)” (BULOS, 2012, p. 630). Logo, a possibilidade de retroagir só se aplica quando para beneficiar o trabalhador. O que não se pode admitir é a retirada de direitos já almejados,

discutidos e conquistados por meio de negociações. Assim vale a interpretação do art. 114 § 2º da Constituição Federal de 1988 que diz:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (“Caput” do artigo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 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. (Parágrafo com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Segundo a CF/88, acima relatado, a justiça do trabalho ao decidir um conflito em um dissídio coletivo deverá resguardar as decisões convencionadas anteriormente. Logo, poderia se falar nessa nova corrente plena-mitigada que resguardaria, nas negociações, direitos já conquistados anteriormente em acordos e convenções coletivas e que garantiria também a ultratividade.

A CLT preceitua, em seu art.611, §1º: “É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrarem Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho”. Logo, na Convenção Coletiva de Trabalho tanto os sindicatos dos trabalhadores como o sindicato que representam a empresa deverão negociar obtendo uma relação entre sindicatos. Já no Acordo Coletivo de Trabalho a negociação ocorre entre o sindicato dos trabalhadores, esse obrigado a participar, e a empresa. Não sendo necessária a participação do sindicato das empresas para que haja o acordo. Como diz Delgado (2014, p. 159) “É que o empregador, por sua própria natureza, já é um ser coletivo (já estando, portanto, naturalmente encorajado pela proteção coletiva), ao passo que os trabalhadores apenas adquirem essa qualidade mediante sua atuação coletiva mesmo”.

Para Bulos, (2012, p. 629) direito adquirido “é aquele que já se incorporou ao patrimônio e à personalidade de seu titular, de modo que nem norma nem fato posterior possam alterar tal situação jurídica já consolidada sob sua égide”. A CF, no seu artigo 5º, XXXVI diz: “a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Levando-se em consideração essa definição, os direitos conquistados pelos trabalhadores em suas convenções e acordos coletivos deverão ser considerados adquiridos e deverá ser respeitado o princípio da vedação ao retrocesso social.

Uma grande polêmica é gerada pela possibilidade de se ter direitos adquiridos ou não, em uma convenção ou acordo coletivo de trabalho. Destarte, emerge a seguinte questão: como garantir que a empresa honre com os compromissos acordados em uma convenção ou acordo coletivo de trabalho, quando os pressupostos que tornaram aquela exigência possível não mais existirem, de modo que ela será economicamente inviável, pois tais direitos seriam considerados eternos?

Esse é um argumento que será discutido, pois na visão de alguns autores, poderia haver um engessamento com relação aos direitos dos trabalhadores conquistados causando uma inviabilidade contratual para a empresa ou até mesmo a impossibilidade de se manter no mercado. Levanta-se a possibilidade de as empresas terem que fechar as portas por não conseguirem honrar com as referidas fontes formais.

Destarte, no contrato individual de trabalho, os direitos conquistados são automaticamente considerados adquiridos, de acordo com a inteligência da Súmula 51, I do TST, que diz: “As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento”. Logo, tem-se o Princípio da Aderência Contratual nos contratos individuais de trabalho, podendo estas cláusulas serem alteradas apenas em benefício do trabalhador e nunca para prejudicá-lo.

Outro exemplo é a súmula 288 do TST, *in verbis*: “A complementação dos proventos da aposentadoria é regida pelas normas em vigor na data da admissão do empregado, observando-se as alterações posteriores, desde que mais favoráveis ao beneficiário do direito”.

Em diferente contexto encontram-se os acordos e as convenções coletivas de trabalho, que antes da ADPF 323, as cláusulas só aderiam às convenções e aos acordos até o momento em que outra convenção ou outro acordo coletivo de trabalho não emerja, mas de acordo com a Lei 13.467/17 a ultratividade não será permitida. Ficando, assim, o prazo de validade dos acordos e convenções coletivas limitados ao prazo de vigência que não poderá ser superior a 2 anos de acordo com o art. 614 § 3 da CLT.

A ultratividade das normas coletivas, reconhecida anteriormente pelo TST, se dá até o advento de outra convenção ou acordo coletivo de trabalho, e quando esse surge, todos os direitos antes conquistados restam perdidos, pois é preciso novamente ser negociados pelas partes.

Atualmente existem três correntes que tratam da incorporação dos direitos conquistados em acordos e convenções coletivas são elas da aderência contratual

irrestrita, da aderência contratual limitada pelo prazo, ou da aderência contratual limitada por revogação, como preconiza Delgado (2014, p. 1460-1461). A primeira delas é denominada por de “aderência irrestrita” (plena) essa entende que as cláusulas negociadas aderem ao contrato individual do trabalho não podendo ser suprimidas sob pena de ferirem o princípio da condição mais benéfica. Essa corrente tem como base o art. 468 da CLT que diz: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

Segundo Hazan (2012, p. 176) a definição dessa corrente seria:

(...) a incorporação definitiva das normas coletivas, ou seja, as cláusulas normativas aderirão aos contratos individuais de trabalho a ponto de não mais poderem ser suprimidas ou alteradas em prejuízo do trabalhador, mesmo após o término da duração do instrumento normativo. Com isso tornam-se parâmetros mínimos para uma futura negociação e, assim, nem mesmo um futuro instrumento coletivo poderá revogá-las.

Para esse autor, essa corrente seria a forma plena. Esse entendimento quando adotado pela jurisprudência brasileira ainda não se reconhecia à negociação coletiva, foi a partir da CF/88 que as negociações criaram força e esse posicionamento perdeu o reconhecimento visto que as normas convencionadas passaram a ter força de fonte formal do direito.

A segunda corrente também chamada de aderência limitada pelo prazo (sem ultratividade) ou limitada por revogação, defende que as cláusulas negociadas em acordos e convenções não aderem ao contrato individual, pois as mesmas só teriam validade até o término do instrumento, afastando assim o princípio da condição mais benéfica. Essa teoria, hoje, encontra-se resguardada na Lei nº 10.192/01 em seu art.10, que diz: “salários e demais condições referentes ao trabalho continuam a ser fixados e revistos, na respectiva data-base anual, por intermédio da livre negociação coletiva”. Até setembro de 2012 quando a Súmula 277 sofreu alterações, essa corrente era a seguida pelo Tribunal Superior do Trabalho-TST. Também essa teoria não admite a chamada “ultratividade”, que seria um período de validade da norma de 2 anos até que uma outra norma fosse convencionada.

Para Garcia (2014, p. 1351) “a tese da incorporação das cláusulas da norma coletiva negociada nos contratos individuais de trabalho apresenta, como aspecto

negativo, o desestímulo à negociação coletiva”, pois para ele essa teoria traz um grande problema para as empresas, o medo de não poderem no futuro, arcar com as cláusulas convencionadas e isso poderia gerar uma série de consequências para o mercado de trabalho. Atualmente essa é a corrente adotada pela Lei 13.467/17.

A terceira corrente estudada é a da aderência por revogação como chama Delgado (2014, p. 1461), essa era a teoria adotada no Brasil pela jurisprudência do TST vigorou até dez de setembro de 2017, que também pode ser chamada de Teoria da Ultratividade Mitigada. É defendida por ser uma corrente intermediária, pois defende que os direitos conquistados em uma negociação coletiva devem prevalecer até que uma nova convenção emergja. A esse fenômeno dá-se o nome de ultratividade.

Observa-se que a Lei 8.542/92 art.1º. § 1º Seguiu o mesmo entendimento:

§ 1º As cláusulas dos acordos, convenções ou contratos coletivos de trabalho integram os contratos individuais de trabalho **e somente poderão ser reduzidas ou suprimidas** por posterior acordo, convenção ou contrato coletivo de trabalho. (Revogado pela Lei 10.192, de 14.2.2001)

Então desde 1992 acreditava-se na possibilidade dessa teoria da aderência limitada por revogação.

O grande problema dessa teoria que até então era adotada pela jurisprudência pátria é que ela enfraquece os sindicatos, pois a cada nova negociação o sindicato tem que deliberar direitos já negociados anteriormente, fazendo com que se gaste energia e tempo em algo que já foi discutido e negociado anteriormente e deixando de respeitar princípios como o da proibição da vedação ao retrocesso dos Direitos Fundamentais e do Mínimo Existencial e também o do Pró-operário e da norma mais benéfica.

Com a emenda constitucional 45 que alterou o artigo 114 §2 da CF/88 trazendo a questão do “comum acordo” entre as partes inspirada na Organização Internacional do Trabalho- OIT com o intuito de fomentar a autocomposição, acabou trazendo um grande problema, visto que, o setor patronal não compreendeu bem a intenção da alteração constitucional ou assim não o quis compreender. Assim, o TST em setembro de 2012 alterou a súmula 277 garantido a ultratividade, pois o termo “comum acordo” é compreendido como condição de propositura da ação e se o setor patronal não quer o “comum acordo” compreende-se que o processo será julgado sem resolução de mérito. Esse fato traz à tona uma problemática que é o da classe trabalhadora que fica desassistida do poder judiciário pois falta-lhe o “comum acordo”, ou seja, a condição para agir.

Logo, a decisão do TST foi acertada buscando trazer para os trabalhadores algum conforto nas negociações coletivas.

A Súmula 277 do TST em 1988 dizia em sua redação original: “As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos”. Com essa redação a teoria adotada era da aderência limitada pelo prazo. Em 2009 houve outra alteração ficando a Súmula assim:

SENTENÇA NORMATIVA. CONVENÇÃO OU ACORDO COLETIVOS. VIGÊNCIA. REPERCUSSÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 16.11.2009) - Res. 161/2009, DEJT 23, 24 e 25.11.2009.

I - As condições de trabalho alcançadas por força de sentença normativa, convenção ou acordos coletivos vigoram no prazo assinado, não integrando, de forma definitiva, os contratos individuais de trabalho.

II - Ressalva-se da regra enunciada no item I o período compreendido entre 23/12/1992 e 28.07.1995, em que vigorou a Lei nº 8.542, revogada pela Medida Provisória nº 1.709, convertida na Lei nº 10.192, de 14/02/2001.
JJ

Percebe-se que, na redação original do texto, a Súmula não se refere às convenções e acordos coletivos de trabalho, fala apenas em sentença normativa. Já com a nova redação, foram inseridas essas normas. As alterações surtiram efeitos em relação à abrangência, mas não em relação aos efeitos, pois continuava ainda sendo limitada ao prazo.

Em setembro de 2012 o TST surpreendeu com a nova redação da Súmula que garante a ultratividade relativa, mas que ainda não é o ideal para essa tese. Reza a Súmula que:

CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

Com esse entendimento, o TST deu um grande salto no que se refere à aderência de direitos conquistados nas negociações coletivas, pois admite a integração dessas cláusulas.

A ideia principal dessa tese de doutorado é criar a possibilidade de ter-se uma corrente mista ou, porque não dizer, intermediária, entre as já existentes, que vislumbre tanto os direitos já conquistados como também a ultratividade, prevista na teoria mitigada. Dessa forma, ter-se-á sindicatos que tenham a tranquilidade para negociar e não se sintam pressionados a perderem o que já conquistaram.

A nova corrente poderia ser chamada de **Plena-Mitigada**, uma vez que resguardaria os direitos já negociados pelas categorias, na medida em que, mesmo depois de decorrido o prazo máximo da negociação, ou seja, dois anos, haveria uma nova negociação com o objetivo de se discutir outras questões e outros fatores sociais que por ventura teriam que ser levados em consideração, bem como garantiria a ultratividade dos ACT e das CCT até que uma nova norma surgisse.

Assim, como no direito individual do trabalho, no qual as cláusulas contratuais aderem ao contrato individual de trabalho e a empresa não pode se recusar a pagar certos benefícios, alegando não poder mais arcar com certos custos, o mesmo deveria ocorrer com as convenções e os acordos coletivos do trabalho. Só assim se teria mais sindicatos sérios e empresas que reconhecessem a relevância de uma negociação coletiva, visto que os efeitos atingiriam a todos, independentemente de filiação.

Diante do que foi apresentado ao se analisar o Princípio da Adequação Setorial Negociada, percebe-se que alguns direitos ditos como absolutos não são passíveis de negociação enquanto os considerados relativos podem ser negociados, sempre considerando o patamar mínimo civilizatório. É sabido que os Direitos Sociais previstos no art.6º da Constituição Federal são considerados como fundamentais e, como tal, não podem ser suprimidos. Levando-se em consideração a vedação do retrocesso desses direitos tidos como fundamentais, impossível seria a retirada desses mesmos direitos dos instrumentos coletivos.

Frisa-se que assim como nos contratos individuais do trabalho, aquilo conquistado não pode ser suprimido, como já foi demonstrado por meio de Súmulas nesse trabalho, também nos acordos coletivos de trabalho e nas convenções coletivas de trabalho não poderiam sê-lo. Visto que considerados Direitos Adquiridos e um trabalhador que poderá passar até anos com esses benefícios não pode tê-los retirados bruscamente.

Assim, a presente tese deixa a sua contribuição para o direito coletivo do trabalho propondo a criação da corrente Plena-Mitigada por todos os argumentos levantados nessa pesquisa que demonstraram a possibilidade da criação dessa corrente, bem como,

demonstro-se que seria a melhor solução para manter garantidos os direitos e princípios constitucionais da Constituição Federal da República de 1988.

CONCLUSÃO

O trabalho humano foi valorado pelo ordenamento jurídico brasileiro de diversas formas: ora valorando as relações de trabalho, ora flexibilizando-as, chegando, não raro, a mitigar direitos conquistados após árduas batalhas dos atores sociais.

A Carta Magna de 1988, em seu artigo primeiro, inciso IV, diz que os valores sociais do trabalho são um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito e com isso deixa claro a importância desse instituto. Ainda na CF/88, dispõe o artigo 170, caput, que o trabalho é o pilar estrutural da ordem econômica e social, elevando-o assim a um direito Fundamental. No preâmbulo da Constituição Federal de 1988 está insculpido a norma segundo a qual é dever do Estado assegurar os direitos sociais, tornando-os assim como sustentáculo de uma ordem democrática mais justa, donde se conclui que, em situações de desemprego, é dever do Estado promover políticas públicas, que desemboquem na paulatina recuperação do pleno emprego e renda.

Como demonstrado na tese, o Direito do Trabalho emerge das lutas dos trabalhadores por melhores condições de trabalho, lutas essas, cujas conquistas foram extremamente aguerridas para a consolidação de um ambiente de trabalho mais digno e que valoriza o trabalhador, chegando inclusive a participar na divisão do lucro das empresas, mas que tem sido extremamente mitigadas pelos modelos liberais do capitalismo, conseguindo, após lutas incessantes e sistemáticas em assembleias de sindicatos, manter e conquistar novos direitos em razão de suas lutas e união.

A construção do direito do trabalho se deu, inicialmente, de forma autônoma, pois no modelo de Estado liberal não é possível a adoção das ideias coletivas, mas com a união dos trabalhadores que lutavam contra o sistema de grandes desigualdades o Estado acabou se vendo obrigado a intervir nas relações trabalhistas para evitar uma explosão de manifestações e, com isso, o ordenamento jurídico se viu obrigado a inserir em seu bojo normas de direitos trabalhistas.

Ainda assim, a normatização autônoma do direito do trabalho é algo que existe mesmo antes da criação das normas e isso distingue o direito do trabalho dos outros ramos jurídicos. Logo, as negociações coletivas significam um grande instrumento para os entes coletivos, pois é por meio delas que ocorre a democratização desse poder, nas quais os atores sociais criam suas próprias normas, exercendo democraticamente o seu poder normativo autônomo. Mesmo assim, pode ocorrer de a negociação ser frustrada, fazendo

com que a Justiça do Trabalho seja demandada para solucionar o conflito por meio de uma sentença normativa, a partir da qual restará exercido o poder normativo heterônomo da justiça do trabalho.

Diante da importância de tais soluções de conflitos, ambas as formas de poder normativo foram estudadas e analisadas na presente tese, que demonstrou todas as divergências doutrinárias que permeiam esse assunto.

A presente tese doutoral se debruçou sobre toda a história do direito do trabalho coletivo e apresentou todo o histórico de suas conquistas e derrotas, derrotas essas tornadas possíveis, principalmente no último lustro, em que mudanças legislativas, cuja tecnicidade foram questionadas e criticadas, o que impulsionou a presente tese a amadurecer e sugerir (criar) uma nova compreensão para a garantia dos direitos Fundamentais e sociais dos trabalhadores brasileiros.

Para atingir seu desiderato, trabalhou princípios de suma importância, bem como teorias já existentes, algumas boas e outras ruins para a classe trabalhadora. Demonstrou como o modelo do Neoliberalismo é prejudicial para os direitos sociais, pois busca retirar direitos e garantir investimentos no mercado de capital, criando uma verdadeira ideologia, que apresenta o capitalismo neoliberal como a única forma possível de o capitalismo sobreviver em um mundo altamente complexo e competitivo, cuja reestruturação significa, não raro, desestruturação da organização e dos interesses dos trabalhadores.

A tese estudou minuciosamente as alterações advindas com a reforma trabalhista (Lei. 13.467/17), ponderando as alterações consideradas benéficas (que foram pouquíssimas, por sinal) e as muitas alterações consideradas maléficas, uma vez que retiraram direitos e conquistas trabalhistas, modificando consideravelmente o direito sindical brasileiro, por muitos considerado um golpe senão mortal, mas que deixou tal ramo do direito agonizante, e, devido a isso, tratou também da possibilidade da Lei 13.467/17 ser considerada inconstitucional por meio do minimalismo judicial, que deverá proteger a democracia deliberativa para todo o povo brasileiro, e além disso, a reforma trabalhista fere o Megaprincípio da proteção da norma mais benéfica, que é resguardado pela Carta Magna de 1988.

A busca por melhores condições de trabalho e pela pacificação dos conflitos dos trabalhadores fez com que o legislador inicialmente desse aos instrumentos coletivos a possibilidade de aderirem integralmente aos contratos individuais de trabalho. Essa ideia, na época, era tida como absoluta, ou seja, mesmo que os instrumentos coletivos perdessem a sua validade os direitos ali resguardados permaneceriam nos contratos

individuais dos trabalhadores. Dentro dessa visão, a ideia que se pode chamar de ultratividade plena seria a de que os trabalhadores não deveriam negociar direitos já pacificados anteriormente, pois seria um verdadeiro retrocesso e o direito do trabalho jamais evoluiria, ou seja, restaria estagnado porque seria preciso negociar pelos mesmos direitos, portanto, teria que negociar sempre a partir da 'estaca zero'.

Mormente diante de tantas flexibilizações e precarizações, as teorias sofreram alterações e passaram a defender a ideia da aderência por prazo limitado negando, assim, a ultratividade. O grande problema é que a não aderência da norma mais benéfica, defendida por muitos juristas anteriormente, inclusive tendo sido sumulado pelo TST (súmula 277, com redação dada em 2009), e que foi incluída na Lei nº 13.467, reforma trabalhista, fere o megaprincípio constitucional da proteção da condição social do trabalhador, como reza o caput do artigo 7º, da CF/88 e o patamar mínimo civilizatório desses obreiros hipossuficiente. Assim, por meio do minimalismo judicial, poderia o poder judiciário intervir considerando a reforma trabalhista como inconstitucional.

Com essa segunda teoria, qual seja a da aderência das normas coletivas limitada ao prazo dos instrumentos coletivos, que hoje é adotada no Brasil após a reforma trabalhista, em que todos os direitos conquistados pelos instrumentos coletivos são temporários e só perduram até o prazo de validade do instrumento e uma vez não renovado esses instrumentos deixam todos os trabalhadores beneficiados pela norma completamente órfãos de tais direitos conquistados. É uma teoria que afronta o princípio constitucional de vedação do retrocesso social, restando desamparado o trabalhador em seu núcleo de proteção dos direitos sociais.

Esse processo de degradação dos direitos trabalhistas teve início na década de setenta, fazendo com que os direitos que antes eram considerados absolutos, agora sejam temporários e relativos, gerando uma verdadeira insegurança para a classe trabalhadora.

Os instrumentos coletivos passam praticamente a reger sobre possíveis flexibilizações e não conquistas sociais. Uma das saídas encontradas pelos trabalhadores para minimizar os efeitos da não aderência dos direitos conquistados nos instrumentos coletivos era o poder heterônomo da justiça do trabalho, ou seja, o conflito, uma vez não solucionado na esfera sindical, migrava para o judiciário solucionar, por meio de uma sentença normativa, como previa anteriormente o artigo 114 parágrafo 2º da CF/88. No entanto, com a emenda Constitucional nº 45, de 2004, a situação tomou um novo rumo, dificultando ainda mais a manutenção das conquistas dos direitos sociais dos

trabalhadores, pois com a alteração constitucional se passou a exigir para a instauração do dissídio coletivo, um comum acordo da parte contrária de natureza econômica.

Com esse cenário, a situação dos sindicatos brasileiros restou desidratada, pois dependem da classe patronal em todos os sentidos, ou seja, só haverá negociação e dissídio coletivos se a classe patronal aceitar, deixando em desvantagem a classe trabalhadora, violando o princípio da equivalência contratual, da isonomia constitucional e da justiça como equidade (Rawls). Diante desse cenário desanimador para a classe trabalhadora, a presente tese doutoral buscou encontrar uma saída para garantir os direitos dos trabalhadores conquistados em negociação coletiva com o intuito de resguardar os direitos fundamentais sociais dos obreiros.

Assim, a tese de doutorado apresentou as três correntes sobre ultratividade, quais sejam: da aderência contratual irrestrita; da aderência contratual limitada pelo prazo e da aderência contratual limitada por revogação. A primeira diz que os direitos se aderem ao contrato de trabalho e deles não poderão sair. Esse era o entendimento antes da CF/88, na qual os contratos coletivos não tinham tanta força normativa. A segunda teoria é a que é limitada pelo prazo, ou seja, os direitos conquistados só valeriam pelo prazo máximo de 2 anos, essa é a teoria adotada no Brasil, hoje. Findo esse prazo, o trabalhador ficaria desassistido dos direitos conquistados nas negociações coletivas, como preconiza a OJ 322 da SBDI-I do TST. A terceira e última corrente, que era a adota no Brasil desde setembro de 2012 e que vigorou até setembro de 2017, quando ocorreu a reforma trabalhista, é chamada de teoria da ultratividade mitigada.

De acordo com essa teoria, os direitos conquistados são aderidos aos contratos de trabalho por um certo período, ou seja, o de duração dos instrumentos coletivos de trabalho e caso uma outra negociação não venha a ser feita nesse prazo, esses direitos ficarão resguardados por uma ultratividade, o que garantiria aos sindicatos a tranquilidade para negociar uma nova convenção ou acordo e daria ao trabalhador a certeza de que seus direitos estariam resguardados nesse período de tempo.

A proposta dessa tese consiste em resguardar os direitos conquistados nas negociações coletivas anteriores e também em garantir a ultratividade desses instrumentos coletivos até que uma nova norma passe a vigir, ou seja, esta proposta seria um misto entre duas das teorias apresentadas, na qual os direitos negociados anteriormente seriam mantidos e ter-se-ia também a garantia da ultratividade, resguardando o trabalhador até que uma nova norma coletiva venha a gerir as relações de

trabalho. Seria uma junção da aderência contratual irrestrita ou plena com a da aderência contratual limitada por revogação ou mitigada.

Desse modo, respeitar-se-á os princípios resguardados pelo direito trabalhista pátrio e pela Constituição Federal de 1988. A nomenclatura sugerida para esta nova corrente ou compreensão seria a da aderência contratual **Plena-Mitigada**.

Com essa alternativa, os sindicatos não teriam que, a cada novo período de aprovação de convenção ou acordo coletivo de trabalho, lutar por direitos já conquistados e poderiam almejar algo a mais para beneficiar as categorias. Assim, garantiriam, aos obreiros, hipossuficientes nessa relação, um maior respeito aos seus direitos já conquistados, bem como resguardariam os Direitos Constitucionais Fundamentais Sociais.

Como dito anteriormente, no corpo do texto dessa tese, uma das propostas para a implementação dessa teoria, seria essa nova corrente “plena-mitigada” surgir por meio de uma Convenção Internacional da OIT ou de uma Recomendação da OIT, o que demandaria dos sindicatos, das federações e das confederações uma mobilização organizada nacionalmente para instigar a Organização Internacional do Trabalho, por meio dos representantes brasileiros, a aprovarem uma convenção com previsão da ultratividade e da preservação dos direitos conquistados anteriormente e com isso baseado na Carta Magna, art. 114, parágrafo segundo, o Brasil poderia ratificar a Convenção e pôr em prática a nova teoria plena-mitigada.

O fato de as empresas alegarem, em algum momento, o engessamento e a possível impossibilidade de cumprirem, no futuro, esses acordos e convenções coletivas negociadas, mesmo assim, esses argumentos não seriam suficientes para inviabilizar essa nova teoria, visto que foram respeitados todos os momentos da negociação entre os atores sociais. E se houve, durante as negociações, a flexibilização de direitos e o respeito ao princípio da adequação setorial negociada, nada há mais a ser discutido, posto que se está diante de uma atitude democrática e legitimada pelos atores sociais por meio da assembleia dos sindicatos das partes.

REFERÊNCIAS

ADAM, G. & REYNAUD, G. D. **Conflits du travail et changement social**. Paris, PUF, 1978.

ALMEIDA, Renato Rua. “O modelo sindical brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista?”, *in Revista LTr Legislação do Trabalho (Revista LTr 77-01)*, São Paulo: LTr, Volume 77, nº 1, Janeiro de 2013.

ALONSO GARCÍA, Manuel. **Curso de derecho del trabajo**. 6. ed. atual. Barcelona: Ariel, 1980.

ALONSO OLEA, Manuel. **Derecho del trabajo**. 8. ed. rev. Madri: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1983.

ANDRADE, Carlos Drummond de. **O Aveso das Coisas: Aforismos**. Rio de Janeiro: Record, 2007.

ANTUNES, Ricardo. **O PRIVILÉGIO DA SERVIDÃO: o novo proletariado de serviços na era digital**. 1.ed. São Paulo: Boitempo, 2018.

ANTUNES, R.; PRAUN, L. **A Sociedade dos Adoecimentos no Trabalho**. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 123, p. 407- 427, jul./set., 2015.

ANTUNES, Ricardo. **ADEUS AO TRABALHO?: Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho**. 16 ed. São Paulo: Editora Cortez, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros LTDA, 2017.

_____. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre. n. 17. 1999. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70952/40290>. Acesso em: 28/01/2020.

ARAÚJO, José Carlos E. Transformações no conceito de trabalho e sociedade pós-industrial. In: VIDOTTI, Tarcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial**. São Paulo: LTr, 2003.

AROUCA, José Carlos da Silva. **Curso Básico de Direito Sindical**, 5ª edição, São Paulo: LTr, 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição – São Paulo. LTr, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito Constitucional e a efetividade das normas**. 5. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Sindicatos, sindicalismo**, São Paulo: LTr, 1994.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do Trabalho**. Tradução Luís Washington Vita e Antônio Delia. São Paulo: Saraiva, 1958.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O capital e suas metamorfoses**. São Paulo: Unesp, 2013.

BERNARDES, Hugo Gueiros. **Princípios da negociação coletiva**. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). *Relações coletivas de trabalho – estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind*. São Paulo: LTr, 1989.

BENITES FILHO, Flávio Antonello. **Direito Sindical Espanhol - A Transição do Franquismo à Democracia**, São Paulo: LTr, 1997.

BORTOLOTTO, Rudimar Roberto. **Os aspectos da representatividade no atual direito sindical brasileiro**. São Paulo: LTr, 2001.

BRASIL. **Comentários à Constituição do Brasil / J. J. Gomes Canotilho...**[et al.] ; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. – 2. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. (Série IDP)

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm) Acessado 10/02/2020 às 16:29

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. (de 24 de fevereiro de 1891) Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm) Acessado em 11/02/2020 às 09:58

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. (16 de julho de 1934) Disponível em: (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm). Acessado em 11/02/2020 às 11h.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (DE 18 de setembro de 1946) Disponível em:(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm) acessado em 31/08/2020 às 08:29min.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988 (original)**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em 27/02/2020 às 21:22

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro 10 de nov.1937. Disponível em:< www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 jun 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em 27/02/2020 às 21:22
BRASIL. DECRETO Nº 19.770, DE 19 DE MARÇO DE 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D19770.htm. Acessado em: 14/08/2020 às 12:17

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acessado em 31/08/2020 às 9h.

BRASIL. **Constituição Federal. Código Civil, Código de Processo Civil/ organização** Yussef Said Cahali. 6 ed. São Paulo: RT.

Brasil. Tribunal Superior do Trabalho (TST). **Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho**: aprovado pela Resolução Administrativa nº 1295/2008, com alterações dos Atos Regimentais nºs 1/2011 e 2/2011 e Emendas Regimentais nºs 1/2011 e 2/2011 - Brasília : Tribunal Superior do Trabalho, 2011.

_____. **Súmula 369 do Tribunal Superior do Trabalho – TST**. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-369. Acessado em 05/03/2020 às 15:16.

_____. Decreto n. 21.761/32. **Sobre a vigência das normas coletivas**. (Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21761-23-agosto-1932-526768-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-,Decreto%20n%C2%BA%2021.761%2C%20de%2023%20de%20Agosto%20de%201932,Brasil%2C%20na%20conformidade%20do%20art.&text=%C2%A7%20%C2%BA%20As%20conven%C3%A7%C3%B5es%20coletivas,obrigat%C3%B3rias%20nos%20termos%20do%20art.>) Acessado em 22/10/2020.

_____. LEI Nº 8.542, DE 23 DE DEZEMBRO DE 1992. Texto compilado. **Dispõe sobre a política nacional de salários**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18542.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20pol%C3%ADtica%20nacional,Art. Acessado em 27/10/2020.

_____. LEI Nº 7.788, DE 3 DE JULHO DE 1989. **Dispõe sobre a política salarial e dá outras providências**. Revogado pela Lei nº 8.030, de 12.4.1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/17788.htm. Acessado em 27/10/2020

BOHMAN, James; REHG, William. **Deliberative democracy**. Essays on Reason and Politics. Cambridge: The MIT Press, 1997.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direito Sindical**. 6ª edição, São Paulo: LTr, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J.J Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. (20ª reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH. Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CARMO, Júlio Bernardo do. A Súmula n. 277 do TST e a ofensa ao princípio da legalidade. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região**, v. 55, n. 85, jan./jun. 2012.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito individual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARVALHO, Augusto César Leite de; ARRUDA, Kátia Magalhães; DELGADO, Mauricio Godinho. **A súmula n. 277 e a defesa da Constituição**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, 12 de dezembro de 2012. (Disponível em: <http://www.veritae.com.br/artigos/arquivos/artigo%20-%20274.pdf>) Acessado em 22/10/2020.

CASSAR, Volia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Rosineide Venâncio Mayer. Vol. I, São Paulo: Paz e Terra, 2007.

CASTILHO MORATO, João Marcos. **Globalismo e Flexibilização Trabalhista**. Belo Horizonte: Editora Inédita, 2003.

CASTRO, Brunna Rafaely Lotife. **A Evolução histórica do Direito do Trabalho no Mundo e no Brasil**. 2015. Disponível em: <<https://brunnalotife.jusbrasil.com.br/artigos/111925458/a-evolucao-historica-do-direito-do-trabalho-no-mundo-e-no-brasil>> Acesso em: 7 de setembro de 2018.

CHIARELLI, Carlos Alberto Gomes. **O Trabalho e o Sindicato: Evolução e Desafios**. São Paulo: LTr, 2005.

CONTENTINO, M.C. **Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 11 de novembro de 2018.

COSTA, Carlos Coqueijo Torreão da. O poder normativo, a Justiça do Trabalho, a convenção coletiva e o sindicalismo. Salvador: **Revista do TRT - 5ª Região**, a. 14, n. 5, 1986, p. 59

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho**. LTr, São Paulo. 2012.

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

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Mauricio Godinho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Porto Alegre: Síntese, v. 67, n. 2, abr./jun. 2001. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/52282>. Acesso em 02 de março de 2020.

DELGADO, Maurício Godinho et al (Coords). **Constituição da República e Direitos Fun Constituição da República e Direitos Fundamentais**: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FAVA, Marcos Neves. **O esmorecimento do Poder Normativo** – análise de um aspecto restritivo na ampliação da competência da Justiça do Trabalho, p. 280, in COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). Nova competência da Justiça do Trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo**: uma discusión sobre derecho y democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

FERRARI, Irany. **História do Trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de teoria geral do Estado e ciência política**. 9ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

FILHO, Wilson. Ramos. **Direito Capitalista do trabalho**. São Paulo: LTr, 2012.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: Ltr, 1990.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. Tradução de Janaína Marcoantonio. São Paulo: L & PM Editores, 2015.

HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus direitos humanos**. Trad. Euclides Luiz Calloni. São Paulo: Paulus, 2014.

GALBRAITH, John Kenneth. **Galbraith essencial**. Org. Andrea Williams. Tradução de Clara Colotto. São Paulo: Futura, 2007.

GALVÃO, Andréia; KREIN, José Dari; BIAVASCHI, Magda Barros; TEIXEIRA, Marilane Oliveira. **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. Campinas. GT Reforma Trabalhista CESIT/IE/UNICAMP. 2017. Disponível em: <<https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/Dossie14set2017.pdf>> Acesso em 19 de outubro de 2020.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2020.

GIUGNI, Gino. **Direito Sindical**, São Paulo: LTr, 1991.

HAZAN, Bruno Ferraz. Súmula n. 277 do TST: Prazo de validade das conquistas trabalhistas e direito jogado fora. In: **O que há de novo em direito do trabalho**-Homenagem a Alice Monteiro de Barros e Antônio Álvares da Silva. Coord. Márcio Túlio Viana; Luiz Otávio Linhares Renault; Fernanda Carolina Fattini; Isabela Márcia de Alcântara Fabiano e Sara Costa Benevides. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2012.

GONÇALVES, Lilian. **Ultraatividade das cláusulas normativas**. São Paulo: LTr, 2008.

GRILLO, Umberto. **Eficácia no tempo das condições estipuladas nos acordos ou convenções coletivas e sentenças normativas**. In: TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Coord.). **Relações coletivas de trabalho – estudos em homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind**. São Paulo: LTr, 1989.

HARVEY, David. **Contradições do fim do capitalismo**. Trad. Rogério Bettoni. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2016.

HUBERMAN, Leo. **História da riqueza do homem**. Tradução de Waltensir Dutra. 22.ed.rev.ampl.Rio de Janeiro: LTC, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de
 Quadros Pessoa. **Direito do Trabalho**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522493920/cfi/0!/4/4@0.00:57.1>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Manual de Direito do Trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LAUNAY, Roger. **La négociation -approche psychosociologique**. Paris, Interprise Moderne D'Edition, 1987.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. A quem interessa o modelo negociado sobre o legislado no Brasil? **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329.p.10. Nov.2016.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 19^a. ed. São Paulo: Saraiva jur, 2021.

LESSA, Sergio; TONET, Ivo. **Introdução à filosofia de Marx**. São Paulo: Expressão Popular, v. 2, 2011.

LESSA, Sergio. **Trabalho e proletariado no capitalismo contemporâneo**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2011.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o governo**: ensaio relativo a verdadeira origem, extensão e objetivo do governo civil. Trad. E. Jacy Monteiro. Cap. VI. 5^a edição. São Paulo: Nova Cultural. 1991. (Os pensadores).

LOPES. Mônica Sette. **A convenção coletiva e sua força vinculante**. São Paulo: LTr, 1998.

MACIEL, José Alberto Couto. Comentários às Súmulas n^{os} 6, 10, 244, 277 e 369, com a redação atual, conforme resoluções n^{os} 185/12 e 186/12 do TST. In: **Revista do direito trabalhista**, v. 18, n. 11, , nov. 2012.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Vol. III. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 1993.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho**, São Paulo: LTr, 1990.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A quem interessa essa “reforma” trabalhista?** LTr, 2017.

_.**Análise do Projeto de Reforma trabalhista**, 19 de abril de 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>. Acesso em: 20/10/2020.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502638518/cfi/7!/4/4@0.0:18.7>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTINS, Sergio Pinto. A reforma trabalhista. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. São Paulo. V. 329. Nov.2016.

MARTINS, Sergio Pinto. Incorporação das Cláusulas da Norma Coletiva ao contrato de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v.109, p.415-437, 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89240>

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

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Processo coletivo do trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1996.

MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MELO, Raimundo Simão de. **Dissídio coletivo do trabalhado**. São Paulo: LTr. 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **ADPF 323**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4599102>. Acessado em 27/10/2020.

MÉSZÁROS, István. **A crise estrutural do capital**. São Paulo: Boitempo, 2009.

MOISÉS, J. A. **Qual é a estratégia do novo sindicalismo?**. In: Vários Autores. Alternativas populares da democracia: Brasil anos 80. Petrópolis - RJ, Vozes/CEDEC, 1982.

SOARES. Moisés Alves. **Contrarreformismo fraco e hegemonia da pequena política na regulação das relações trabalhistas durante o período petista**, in: Classes sociais e (des)regulação do trabalho no Brasil atual. Wilson Ramos Filho, Aldacy Rachid Coutinho e Rubens Bordião Neto (orgs.). Bauru: canal 6, 2014.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Paulo Douglas Almeida. **Limites jurídicos à flexibilização da jornada de trabalho**. Manual de Apoio: Inconstitucionalidades da Lei 13.467/2017. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/livros/em-defesa-da-constituicao/@@display-file/arquivo_pdf. Acessado em 20/10/2020.

MOURA, Marcelo. **Curso de direito do trabalho**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível

em:<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547206673/cfi/4!/4/4@0.00:7.05>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

MURADAS, Daniela. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. In: **Revista LTr** : legislação do trabalho, v. 75, n. 5, maio 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**, 8ª edição, São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, A. M. (1978). A problemática da autodefesa trabalhista. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, 73, 127-136. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66849>.

_____. **Iniciação ao Direito do Trabalho**, 29ª edição, São Paulo: LTr, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. 1ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NUNES, José Avelãs. **A crise atual do capitalismo**: capital financeiro, neoliberalismo, globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OIT. Convenção nº98. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/temas/normas/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acessado em 29/09/20 às 17h.

OIT. Convenção nº 154. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm. Acessado em 29/09/20 às 17h.

OIT. Recomendação nº 163, de 19/06/1981. **Sobre a Promoção da Negociação Coletiva**. (Disponível em https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242737/lang--pt/index.htm. Acesso em 07/10/2020 às 08:51)

OIT. Comitê de Peritos . **Sobre a reforma trabalhista**. Disponível em : <https://sinait.org.br/site/noticia-view?id=15406%2Fcomite+de+peritos+da+oit+condena+reforma+trabalhista+do+brasil>. Acessado em 15/10/2020.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1984. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1997;000178146>. Acesso em: 03 de jan. 2020.

OLIVEIRA, Maria Boschi Aguiar de. A Universalidade do Princípio da Liberdade Sindical. Florianópolis: **Sequência: Estudos Jurídicos e políticos**, Vol. 18, nº 34, 1997. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1504>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. **Ativismo judicial, autorestrição judicial e o “minimalismo” de cass sunstein**. Disponível em: <https://www.diritto.it/ativismo-judicial-autorestricao-judicial-e-o-minimalismo-de-cass-sunstein/>

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: Curso de Direito Fundamental. Eduardo Arruda Alvin; George Salomão Leite; Lenio Streck (Coord.). Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos e ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. *Op. cit.*, p. 558; PEDREIRA, Pinho. *Negociação coletiva*, p. 40, in ROMITA, Arion Sayão (coord). **Curso de direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem ao Professor Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: LTr, 1991.

PASTORE, José. TST contra a negociação. In: Jornal trabalhista. **Consulex**, v. 30, n. 1464, set. 2013.

PEREIRA, Emmanoel. **Direitos sociais trabalhistas: responsabilidade, flexibilização, sindicabilidade judicial e as relações negociadas**. São Paulo: Saraiva, 2018.

PEREIRA, Luciano de Castilho. **Dissídio coletivo- experiência brasileira**. São Paulo 29 de ago. 2003. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em 03 junho. 2020.

PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. A nova Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho : reflexos na negociação coletiva e no poder normativo da Justiça do Trabalho. In: **Revista LTr** : legislação do trabalho, v. 77, n. 4, abr, 2013.

PESSOA, Roberto Freitas; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova velha questão da ultratividade das normas coletivas e a Súmula n. 277 do Tribunal Superior do Trabalho. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 76, n. 2, abr./jun. 2010.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: Ltr, 1998.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

PONTES, Ysmênia de Aguiar; ALCANTARA, Samuel Oliveira. **A CONVENÇÃO 98 DA OIT E A LEI 13.467/17: O QUE MUDOU?** XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil). Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/34q12098/7j66965y/jalDrn48k1dZMHxk.pdf>. Acessado em 15-10-2020.

PLA RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

RAMOS, Dayane Maria Vieira . **Uma abordagem principiológica do direito coletivo do trabalho para compreender o sistema sindical brasileiro e um importante questionamento: há o pleno exercício do princípio da liberdade sindical no Brasil?** Caderno de pós-graduação em direito : direito coletivo do trabalho / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

ROMITA, Arion Sayão. **O fascismo no direito do trabalho**. São Paulo: LTr. 2001.

_____ ROMITA, Arion Sayão. Intervalo Interjornada em turnos de revezamento. **Trabalho e Doutrina**, São Paulo, n. 22, set. 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REZENDE, A. P. História do movimento operário no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1990.

RIPPER, Walter William. Poder Normativo da Justiça do Trabalho análise do antes, do agora e do possível depois. **Revista de Direito do Trabalho**. São Paulo, nº 120, p. 268, out/ dez. 2005.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. “Direito Sindical Brasileiro”, *in Estudos em homenagem ao Professor Arion Sayão Romita*, Coordenação de Ney Prado, São Paulo: LTr, 1998.

ROSSO, Sadi dal. **O ardil da flexibilidade: os trabalhadores e a teoria do valor**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

ROZICKI, Cristiane. **Aspectos da liberdade sindical**. São Paulo: LTr, 1998.

RR - 1308100-19.2006.5.09.0016 , Relator Ministro: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 05/06/2013, 1ª Turma, Data de Publicação: 07/06/2013. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/647640819/recurso-de-revista-rr-5303820115080012/inteiro-teor-647640847>. Acessado em 28/10/2020.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SÁ FILHO, Fábio Menezes de. **O princípio da proteção na ótica de Américo Plá Rodriguez e da reforma trabalhista: É constitucional o art. 620 da CLT?** In. *Direito e Processo do Trabalho: temas de acordo com a reforma trabalhista*. Daniel Arêa Leão Barroso; Rafael Teixeira Ramos; Vanessa Batista Oliveira (coordenadores). São Paulo: LTr, 2019.

SALAMA, Pierre. Para uma nova compreensão da crise. In: **Pós-neoliberalismo: As Políticas Sociais e o Estado Democrático**. (org.) SADER, Emir; GENTILI, Pablo. São Paulo: Paz e Terra. 2012.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SANTOS, Ivanildo. **O Papa Leão XIII e a libertação dos escravos no Brasil**. Revista Eletrônica Espaço Teológico ISSN 2177-952X. Vol. 6, n. 10, jul/dez, 2012, p. 16-24. Acessado em 28/10/19 às 21:49

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas**. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Fundamentos do direito coletivo do trabalho nos Estados Unidos da América, na União Européia, no Mercosul e a Experiência Brasileira**. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2005.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Dissídio Coletivo e emenda constitucional nº 45/2004 considerações sobre as teses jurídicas da exigência do “comum acordo”. **Júris Síntese**, São Paulo, nº 63, p. 10 fev. 2007

[SARLET, Ingo Wolfgang](#). **Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal brasileira de 1988**. In: Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional-Estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. SARLET, Ingo Wolfgang; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coods). 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **Capítulo 2 dos Direitos Sociais art. 6º da CF/88**. In: Comentários à Constituição do Brasil. J.J. Gomes Canotilho... (et al); 2ª ed. São Paulo: Saraiva educação, 2018.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 5ªed. Ver. atual. ampl. Rio de Janeiro. Forense. 2014.

SCHELLING, T. **The strategy of conflict**. Cambridge, Harvard University Press, 1960.

SEVERO, Valdete Souto. O mundo do trabalho e a flexibilização. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1946, 29 out. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11903>. Acesso em: 20 out. 2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SILVA, Edson Braz da. Aspectos Processuais e Materiais do Dissídio Coletivo frente à emenda constitucional nº 45/04. **Júris Síntese**. São Paulo, nº 56, p.30, nov/dez. 2005 (Acesso em 15 de junho de 2020 às 10:10 min)

SILVA, Antônio Álvares da. A convenção coletiva como instituto central do direito coletivo do trabalho. In: GONÇALVES, Nair Lemos; ROMITA, Arion Sayão (Org.). **Curso de direito do trabalho – homenagem a Evaristo de Moraes Filho**. São Paulo:

LTr, 1983.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SINZHEIMER, Hugo. El problema del hombre em el derecho. In: **Crisis econômica y derecho del trabajo**. Madrid : Instituto de Estudios Laborales, 1984.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2011

SUNSTEIN, Cass R. **If people should be outraged by their rulings, should judges care?** 2007. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. Acesso em: 30 jul. 2009.

_____. **Why societies need dissent**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2004.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Directo do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo, MARANHÃO, Délio e VIANNA, Segadas. **Instituições de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 1993. v. I.

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions Do?** Nova York: OUP, 2001.

SUNSTEIN, Cass. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996.

SUNSTEIN, Cass. **One Case at Time: judicial minimalism ont the supreme court**. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

SUNSTEIN, Cass. **Radicals in Robes: why extreme Right-wing courts are wrong for américa**. New York: Basic Books, 2005.

SUNSTEIN, Cass. **Designing Democracy: what Constitutions do?** New York: Oxford University Press, 2001.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO - **RESOLUÇÃO N° 185 DE 14.09.2012**. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/resolucao-tst-185-2012.htm#:~:text=TRIBUNAL%20SUPERIOR%20DO%20TRABALHO%20%2D%2>

0RESOLU%C3%87%C3%83O%20N%C2%BA%20185%20DE%2014.09.2012&text=I%20%2D%20Altera%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20do,da%20S%C3%BAmula%20n.%C2%BA%206.&text=III%20%2D%20Altera%20a%20reda%C3%A7%C3%A3o%20da,%C3%A0%20S%C3%BAmula%20n.%C2%BA%20221. Acessado em 27/10/2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO . **Precedente Normativo nº 120.**

Disponível em:

http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN120 . Acessado em: 27/10/2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO . **Súmula 277 do TST.** Disponível em:

https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/tst-altera-sumula-277. Acessado em 27/10/2020.

VASCONCELOS. Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas restaurativas.** São Paulo. Ed. Método. 2008.

VENEZIANI, Bruno. "La Negociación Colectiva en Italia". In: La Negociación Colectiva en Europa. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004, p.177

VIANNA, Segadas; SÜSSEKIND, Arnaldo. **Fundamentos, Definição e Objeto.** In: SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João de Lima (Orgs.). *Instituições de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, v. 1, 1997. p. 85-106.

VIANNA, Segadas. **Antecedentes Históricos.** In: SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA FILHO, João De Lima (Orgs.). *Instituições de direito do trabalho.* São Paulo: LTr, v. 1, 1997. p. 27-51.

VIANA, Márcio Túlio. **Direito de resistência: Possibilidades de autodefesa do empregado em face do trabalhador.** São Paulo: LTr, 1996.

VIDA SORIA, José, MONEREO PÉREZ, José Luis, MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. **Manual de Derecho del Trabajo.** Tradução livre para o português. Granada: Editorial Comares, 2004.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **Iniciação ao direito do trabalho.** 2. ed. Lisboa: Verbo, 1999.

XAVIER, Bernardo. "La Negociación Colectiva en Portugal". In: La Negociación Colectiva en Europa. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004.

ZACHERT, Ulrich. "La Negociación Colectiva en Alemania". In: La Negociación Colectiva en Europa. Coordenação de A. Ojeda Avilés. Tradução livre para o português. Madrid: Imprenta Fareso, 2004.

