

A REFORMA TRABALHISTA E SEU IMPACTO SOBRE A IGUALDADE E A DEMOCRACIA NO TRABALHO

THE LABOR REFORM AND ITS IMPACT ON EQUALITY AND DEMOCRACY AT WORK

Ricardo José Macêdo de Britto Pereira¹

Centro Universitário UDF

Resumo

O presente texto analisa a reforma trabalhista, introduzida pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, e seus impactos sobre a igualdade e a democratização no trabalho. Adota-se uma análise comparativa com o Direito do Trabalho norte-americano, para defender que o esse direito não é a matriz da reforma trabalhista brasileira, pois sua evolução está diretamente ligada com a promoção da igualdade. A reforma trabalhista brasileira, ao contrário, incrementa a desigualdade nas relações de trabalho, uma vez que se baseia na autonomia individual da vontade e não se ocupa de um sistema de negociação coletiva orientado pela boa-fé. Essas opções não contribuem para a democratização das relações de trabalho.

Palavras-Chave

Reforma trabalhista. Constitucionalização do direito. Igualdade no trabalho. Democracia no trabalho. Negociação coletiva.

Abstract

This text analyzes the labor reform introduced by Law 13467 of July 13, 2017, and its impact on equality and democratization at work. A comparative analysis is adopted with the American Labor Law, to defend that this right is not the matrix of the Brazilian labor reform, because its evolution is directly linked with the promotion of equality. Brazilian labor reform, on the contrary, increases the inequality in labor relations,

¹ Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal, UDF-Brasília, no Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Subprocurador Geral do Ministério Público do Trabalho. Doutor pela Universidade Complutense de Madri. Professor Titular do Centro Universitário do Distrito Federal, UDF-Brasília, no Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas e colíder do Grupo de Pesquisa. Mestre pela Universidade de Brasília. Pesquisador colaborador do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Colíder do Grupo de Pesquisa da Faculdade de Direito da UNB "Trabalho, Constituição e Cidadania". Pesquisador visitante do Instituto de Relações laborais da Universidade de Cornell (NY). Mastering of Law pela Universidade de Syracuse (NY). Coordenador da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical do MPT (CONALIS) no período de 2009 a 2012.

since it is based on the individual autonomy of the will and does not deal with a system of collective bargaining guided by good faith. These options do not contribute to the democratization of labor relations.

Keywords

Labor reform. Constitutionalization of law. Equality at work. Democracy at work. Collective bargaining.

1. Introdução

O presente texto analisa a reforma trabalhista, introduzida pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, e seus impactos sobre a igualdade e a democratização no trabalho.

Por meio da análise histórica do Direito do Trabalho norte-americano, pretende-se defender que o esse direito não é a matriz da reforma trabalhista. Ao contrário, sua evolução está diretamente ligada com a promoção da igualdade, ao passo que a reforma trabalhista brasileira incrementa a desigualdade nas relações de trabalho.

O texto foi dividido nas seguintes partes: a constitucionalização do Direito do Trabalho e a promoção da democratização e da igualdade no trabalho; evolução histórica do Direito do Trabalho norte-americano e sua vinculação com a igualdade; alterações promovidas pela reforma trabalhista brasileira; comparação da prevalência do negociado sobre o legislado e a dispensa coletiva com o Direito do Trabalho norte-americano.

A reforma trabalhista brasileira enaltece a autonomia individual da vontade e não se ocupa de um sistema de negociação coletiva orientado pela boa-fé. Essas opções apresentam-se como importante fator de desigualdade, além de não contribuir para a democratização das relações de trabalho.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO E A PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA DEMOCRATIZAÇÃO NO TRABALHO.

A ideia de Constituição está diretamente ligada à promoção da igualdade. Como destaca Pérez-Royo (2007, 87), as experiências que

antecederam o Estado constitucional basearam-se na naturalização da desigualdade, ou seja, no princípio de que os homens eram desiguais por natureza e nada poderia ser feito para desfazer as relações de dominação e subordinação. A estabilidade dessas relações não dependia de formalização expressa. O poder decorria da própria natureza e por tal motivo não necessitava ser constituído. O Estado constitucional, ao contrário, pressupõe a igualdade entre os homens. Sua história é a realização, com maior ou menor amplitude, do princípio da igualdade e, para cumprir esse desiderato, o poder político é constituído.

Pode-se dizer que a promoção da igualdade propicia o avanço da constitucionalização do direito, permitindo a integração de pessoas ao centro em que direitos são assegurados, com uma distribuição de bem-estar mais racional, e na qual se desfruta de um ambiente de participação na deliberação da coisa pública. Por outro lado, quanto maiores as desigualdades, mais distante do centro essas pessoas são colocadas, à margem de direitos, bem estar e das deliberações relevantes na sociedade.

A proteção integral no trabalho, decorrente da exigência de respeito à dignidade da pessoa humana, estabelece as condições para a efetivação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, convertendo os locais de trabalho de âmbito de supremacia do poderio empresarial em espaços democráticos de exercício da cidadania.

Essa grande transformação no modo de compreender e aplicar as disposições trabalhistas de acordo com a perspectiva constitucional vem sendo incorporada na teoria e prática voltadas para a área trabalhista. Os grandes debates do Direito do Trabalho, como reforma da legislação sindical e trabalhista e flexibilização das normas trabalhistas, passaram a considerar os princípios e as regras constitucionais. Na doutrina trabalhista, aumentam significativamente as obras que abordam as questões do mundo do trabalho com ênfase no Direito Constitucional. Na jurisprudência, são inúmeros os conflitos trabalhistas solucionados a partir de normas constitucionais, inclusive aqueles que, por muito tempo, foram objeto de aplicação isolada do ordenamento infraconstitucional.

A previsão do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana não é acidental no texto constitucional. Trata-se de normas estruturantes e que, portanto, modelam o estado e a sociedade brasileira.

No aspecto dogmático, a referência ao trabalho é conceitual, de modo que qualquer teoria da Constituição brasileira de 1988 que não leve em conta a centralidade do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro apresenta-se deficitária.

Como esclarece Alvarenga (2016, 62):

A Carta Magna de 1988 representa, pois, a matriz do Direito Constitucional do Trabalho, não só pela proteção que ela confere aos direitos sociais trabalhistas, mas também por ter inaugurado, no país, uma fase de maturação para o Direito do Trabalho, cuja análise somente pode ser empreendida desde que conjugada com os direitos fundamentais trabalhistas que têm como fundamento a *dignidade da pessoa humana*.

Contudo, em períodos de crise, em que os direitos constitucionais são questionados, o incremento das desigualdades sociais corresponde a um processo de desconstitucionalização do direito, provocando retrocessos na exigência desses direitos, bem como uma espécie de naturalização de seu descumprimento.

Como destaca Castel (1998, 568-9) trata-se de um distanciamento do centro rumo à periferia:

não é uma ausência de relação social, mas um conjunto de relações sociais particulares da sociedade tomada como um todo. Não há ninguém fora da sociedade, mas um conjunto de posições cujas relações com seu centro são mais ou menos distendidas: antigos trabalhadores que se tornaram desempregados de modo duradouro, jovens que não encontram emprego, populações mal escolarizadas, mal alojadas, mal cuidadas, mal consideradas etc. Não existe nenhuma linha divisória clara entre essas situações e aquelas um pouco menos mal aquinhoadas dos vulneráveis que, por exemplo, ainda trabalham mas poderão ser demitidos no próximo mês, estão mais

confortavelmente alojados mas poderão ser expulsos se não pagarem a prestação, estudam conscientemente, mas sabem que correm o risco de não terminar... Os 'excluídos' são, na maioria das vezes, vulneráveis que estavam 'por um fio' e que caíram. Mas também existe uma circulação entre essa zona de vulnerabilidade e a da integração, uma desestabilização dos estáveis, dos trabalhadores qualificados que se tornam precários, dos quadros bem considerados que podem ficar desempregados. É do centro que parte a onda de choque que atravessa a estrutura social.

Esses processos de desconstitucionalização dos direitos não comprometem a integridade do texto constitucional, na medida em que não se questionam os direitos sociais dos trabalhadores na Constituição de 1988. No entanto, as relações trabalhistas são empurradas para fora do centro, afastando o campo normativo do trabalho dos direitos efetivamente usufruídos pelos trabalhadores.

Esse distanciamento pode dar-se por vários fatores, como o descumprimento reiterado do ordenamento jurídico pelos empregadores e pelo déficit de acesso à justiça, ou mesmo quando os direitos são aplicados com conteúdos bem divergentes pelo Poder Judiciário.

Além disso, há um problema de interpretação constitucional, que não acolhe o parâmetro da centralidade do trabalho no texto constitucional. Em geral, ressalta-se a relevância do suporte constitucional para o Direito do Trabalho lograr a regulação do processo produtivo, mediante o estabelecimento de garantias de condições mínimas para os prestadores dos serviços. Entretanto, deixa-se de lado movimento essencial do processo de constitucionalização que estabelece o fluxo oposto: a importância do trabalho regulado e protegido para a realização das normas e valores constitucionais em todos os seguimentos da sociedade.

Ou seja, enquanto muita atenção é dispensada ao fortalecimento da proteção ao trabalho mediante o apoio do Direito do Trabalho constitucionalizado, percebe-se a carência de iniciativas no intuito de

interpretar e reforçar a efetividade das normas constitucionais, levando-se em conta a importância do valor constitucional do trabalho, para lograr, de forma ampla, inclusão, efetividade dos direitos fundamentais e incremento da participação popular na condução dos interesses gerais. Em suma, não se consideram os influxos desses ramos nos estudos voltados para a interpretação e aplicação das disposições constitucionais.

O último aspecto que se pretende realçar no processo de desconstitucionalização do Direito do Trabalho é a legislação. A aprovação de legislação nem sempre cumpre o propósito de realizar o texto constitucional, embora muitos dos direitos sociais trabalhistas ainda careçam de regulamentação. A reforma trabalhista, aprovada com a Lei 13.467, de 2017, em lugar de estabelecer maior igualdade e democracia no trabalho, contribui para incrementar a desigualdade, como será visto.

Tão logo sancionada a lei que aprovou a reforma, foi editada uma medida provisória para fazer correções, o que não se chegou a concretizar, considerando que a medida provisória caducou (BRASIL, MP 808, 2017).

A reforma trabalhista reverte o processo iniciado com a Constituição de 1988 de integração de trabalhadores ao núcleo de direitos e de um mínimo de bem-estar social, contribuindo para colocar os trabalhadores na periferia do sistema.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO NORTE-AMERICANO E SUA RELAÇÃO COM A IGUALDADE

A síntese histórica do Direito do Trabalho Norte-Americano parte do final do século XIX, quando as relações de trabalho livre eram orientadas pelo *at will-employment* (Bales; Hirsch; Secunda, 2007; Dubofsky, McCartin, 2004). Nessa modalidade contratual a terminação do contrato não dependia de motivação. O empregador e também o empregado poderiam terminar unilateralmente o contrato a qualquer momento e por qualquer razão, a menos que houvesse acordo em sentido contrário. Percebe-se que a autonomia individual da vontade era o grande princípio orientador das relações de trabalho. Naquele momento, surgia a discussão de se a dispensa poderia contrariar a lei ou o *common law*. Esse ponto foi objeto de análise

judicial no início do século XX, que consagrou, ao contrário, a primazia da liberdade contratual sobre direitos assegurados por lei.

Sabe-se que a sociedade norte-americana de fins do século XIX era extremamente desigual, sobretudo por motivos raciais. Como resultado da guerra civil, foi iniciado um período conhecido como “reconstrução”. Entre 1865 e 1870, foi aprovada uma lei dos direitos civis² e três novas emendas foram incorporadas à Constituição. A 13ª Emenda³ banuiu a escravidão e a servidão involuntária nos Estados Unidos, a 14ª Emenda⁴ estabeleceu igual proteção e reiterou o devido processo legal e a 15ª Emenda⁵ proibiu a denegação do direito ao voto por motivo de “raça, cor ou prévia condição de servidão”.

O processo de reconstrução sofreu reveses. A denominada era “Jim Crow” produziu leis locais e estaduais visando segregação racial. No caso *Plessy versus Ferguson*, decidido em 1896, um ativista negro tentou usar uma poltrona em trem reservado para brancos. Ele foi considerado criminalmente culpado. A Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a legislação não tinha o poder de “erradicar os instintos raciais ou abolir distinções baseadas em diferenças físicas”. Daí a origem da criticada doutrina “separados mas iguais”.⁶

Esse paralelo entre o Direito do Trabalho Norte-Americano e a evolução do combate à discriminação racial, posteriormente ampliada para outras modalidades de discriminação, é necessária para a exata compreensão da proteção trabalhista existente naquele país.

Retornando à discussão sobre a relação entre autonomia individual e lei, dois casos chegaram à Suprema Corte dos Estados Unidos no início do século XX, reconhecendo prevalência à liberdade contratual, de modo

² *The Civil Rights Act of 1866*, 14 Stat. 27-30.

³ A 13ª Emenda passou no Congresso em 31 de janeiro de 1865 e foi ratificada pelos estados em 6 de dezembro de 1865.

⁴ A 14ª. Emenda passou no Congresso em junho de 1866 e foi ratificada em 28 de julho de 1868.

⁵ A 15ª. Emenda passou no Congresso em fevereiro de 1869 e foi ratificada em 30 de março de 1870.

⁶ *Plessy v. Ferguson* 163 U.S. 537, (1896)

que leis trabalhistas protetivas foram consideradas inconstitucionais. A primeira lei era estadual, tendo sido aprovada em 1895 no estado de Nova York, para limitar a jornada dos padeiros em dez horas diárias e sessenta horas semanais. *Lochner* era dono de uma padaria e foi autuado duas vezes por descumprir a legislação. O caso chegou à Suprema Corte e *Lochner* saiu-se vitorioso, sob o fundamento de que a lei não poderia restringir a liberdade de contratação entre empregado e empregador⁷. A segunda foi uma lei federal de 1898, denominada *Erdman Act*, sobre os conflitos trabalhistas envolvendo ferroviários. Entre outras partes da lei federal, havia a proibição às empresas ferroviárias de exigir a não filiação a sindicato como condição para o trabalhador obter emprego. Essa modalidade contratual era conhecida como *yellow dog contract* e quando os empregados descumpriam os contratos os empregadores recorriam ao Poder Judiciário, que expedia uma ordem (*injunction*) para o cumprimento das obrigações contratuais. Pois bem, a questão chegou à Suprema Corte e, em 1908, no caso *Adair versus United States*, a lei foi considerada inconstitucional, mais uma vez por violar a liberdade contratual⁸.

Esse é o retrato do Direito do Trabalho Norte-Americano do início do século XX, que muitas vezes é confundido com o atual. Como será visto, ele em nada corresponde ao Direito do Trabalho posterior e, muito menos, ao da atualidade.

A mudança se verifica a partir da década de 30 do século XX. A quebra de 1929 deu ensejo a um conjunto de medidas para recuperar a economia, denominado *New Deal*, sob a presidência de Franklin Roosevelt. Havia o receio de que a Suprema Corte, em razão de sua tendência em relação a direitos sociais e com base em preceitos constitucionais, como federalismo e separação de poderes, pronunciasse a inconstitucionalidade das medidas que integravam os programas. Roosevelt apresentou proposta para aumentar o número de magistrados da Suprema Corte, já que esse número é determinado por lei (*Judiciary Act* 1869) e não pela Constituição (Garry, 2008; Sustain, 1987).

⁷ *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905)

⁸ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908)

Antes mesmo do iniciar o *New Deal*, em 1932, foi aprovada a lei *Norris La Guardia*⁹ para impedir ordens (*injunctions*) contra piquetes e contratos renunciando a filiação a sindicato para aceitação do emprego (*yellow dog contracts*). Em 1935, foi aprovada a lei federal que estabelece o direito de organização em sindicatos e negociação coletiva (*National Labor Relations Act – NLRA – Wagner Act*)¹⁰, juntamente com a agência encarregada de zelar pela sua observância (*National Labor Relations Board*), e a lei federal do Seguro desemprego, criando um programa híbrido federal e estadual (*Social Security Act*)¹¹.

Em 1937, a ameaça de Roosevelt surtiu efeito e a Suprema Corte, no caso *West Coast Hotel CO versus Parrish*, considerou constitucional lei estadual sobre salário mínimo para mulheres. A mudança de posicionamento do magistrado Owen Roberts foi fundamental para a manutenção da lei¹².

Por fim, em 1938, foi aprovada a lei federal estabelecendo salário mínimo, a jornada de trabalho e o pagamento de horas extraordinárias, além de medidas contra o trabalho infantil, cuja exigência está a cargo do Departamento do Trabalho Norte-Americano (*Fair Labor Standards Act*)¹³.

Esse conjunto normativo social-trabalhista de caráter protetivo, de mais de oitenta anos, está totalmente institucionalizado, de modo que não há questionamentos no sentido de sua eliminação ou reforma. Percebe-se que ele dá perfil completamente distinto ao Direito do Trabalho Norte-Americano do início do século XX, durante a era *Lochner*. Contudo, a mencionada evolução não para por aí! É possível classificar um segundo conjunto de leis federais de caráter antidiscriminatório, a partir da década de 50 do século XX, como resultado do movimento dos direitos humanos, especialmente contra a segregação racial.

⁹ Conhecida como Anti-injunction bill. 29 U.S.C. § 101 et seq.

¹⁰ NLRA or the Act; 29 U.S.C. §§ 151-169.

¹¹ L 74-271 – 42 U.S.C. ch 7.

¹² *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937)

¹³ 29 U.S.C. § 203.

No caso *Brown versus Board of Education of Topeka*¹⁴, a Suprema Corte superou o entendimento adotado em *Plessy*. Na verdade, Brown dá início a um processo para dessegregar as escolas, que enfrentou resistências e dificuldades para sua implementação (Stone et all, 2013, 485).

Em 1963, o *Equal Pay Act*¹⁵ emendou a *Fair Labor Standards Act* para proibir a discriminação baseada em sexo. Em 1964, o *Title VII of the Civil Rights Act*¹⁶ proibiu discriminação e retaliação no trabalho por motivo de raça, cor, sexo, religião e origem. Foi criada a agência para exigir a observância de suas normas, a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC). Em 1966, foi alterada a Rule 23 da Federal Rules of Civil Procedure, criando a moderna *class action*, para alcançar todo o grupo, a menos que haja pedido para sair (*opt out*). Nessa alteração foi incluída uma medida em relação a todo o grupo para restabelecer a legalidade em caso de violação dos direitos civis (*injunctive civil rights class action*). Em 1967, foi aprovada lei federal contra discriminação por motivo de idade (*Age Discrimination in Employment Act - ADEA*)¹⁷ e em 1990 lei federal para proteção e integração das pessoas com deficiências (*Americans with disabilities Act - ADA*)¹⁸ O controle e a exigência do cumprimento dessas leis federais antidiscriminatórias ficam a cargo da agência federal *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC).

Há um terceiro grupo de leis federais estabelecendo padrões (standards) mínimos de proteção, no qual se incluem, em 1970, lei federal de saúde e segurança no trabalho (*Occupational Safety and Health Act - OSHA*)¹⁹, em 1974, lei federal estabelecendo benefícios, como pensões e planos de saúde (*Employment Retirement Security Act - ERISA*)²⁰, em 1988 lei federal determinando que empregadores com 100 ou mais empregados devem notificar os empregados que serão despedidos ou os sindicatos em razão de fechamento de planta ou dispensa em massa (*mass lay-off*) (*Worker*

¹⁴ *Brown vs Board of Education of Topeka* 347 U.S. 483, (1954); 349 U.S. 294, (1955)

¹⁵ 29 U.S.C. § 206.

¹⁶ 42 U.S.C. § 2000e.

¹⁷ 29 U.S.C. § 623.

¹⁸ 42 U.S.C. § 12101.

¹⁹ 29 U.S.C § 651 et seq.

²⁰ 29 U.S.C. § 1001.

Adjustment and Retraining Notification Act – WARN Act)²¹ e, em 1993, lei federal impondo a empregadores com 50 ou mais empregados a liberação de empregados até 12 semanas em caso de nascimento de filho ou doença própria e na família (*Family and Medical Leave Act* - FMLA)²². Essas leis são controladas e exigidas pelo Departamento de Trabalho norte-americano.

A legislação federal aqui sumariada não exclui outras condições de trabalho previstas em leis estaduais. Há estados que possuem legislação mais protetiva e outros mais liberais.

Para se ter uma ideia, no estado da Califórnia, no último ano, novas leis foram aprovadas tratando de várias matérias, entre as quais salário mínimo; extensão direitos para os trabalhadores domésticos; igual pagamento para empregados de todas as raças e etnias; restrições aos empregadores no requerimento de antecedentes criminais dos empregados; proibição de escolha do direito e de fórum nos contratos entre empregado e empregador; notificação pelos empregadores de violência doméstica, sexual e de outros tipos; proibição de publicidade de informações referentes a idade dos empregados; proibição de discriminação por orientação sexual; limitação de jornada e intervalos remunerados.²³

A Suprema Corte da Califórnia, em abril de 2018, reconheceu em favor de trabalhadores de uma companhia de entrega estilo Uber a condição de empregados. Eles faziam entregas vestindo uniformes contendo o logo da empresa, mas usavam seus próprios veículos e suportavam todos os custos envolvendo as entregas²⁴.

A definição de empregado e empregador não depende da autonomia da vontade das partes. Há testes para verificar se o trabalhador é um empregado ou um contratante independente, como o de controle de comportamento e treinamento, por exemplo, quando o empregador é considerado responsável perante terceiros por atos praticados por seus

²¹ 29 U.S.C. §§ 2101-2109

²² 29 U.S.C. § 2601

²³ <http://labor.ca.gov/laborlawreg.htm>, acesso em 28.09.2017.

²⁴ *Dynamex v. Superior Court of Los Angeles County*, 2018 Cal. LEXIS 3152.

empregados (*vicarious liability*), utilizado pelo serviço de imposto de renda norte-americano para exigir do empregador o pagamento de tributos como seguro desemprego e seguro social, aos quais os contratantes independentes não estão sujeitos. Em geral, os contratantes independentes são livres do controle de quem contrata a realização do trabalho, que está fora da usual atividade empreendida por este último (Bales; Hirsch and Secunda, 2007).

Em suma, a exclusão por contrato não é admitida, de modo que o empregador não pode limitar os direitos do empregado, colocando-o formalmente como contratante independente. Além disso, muitos dos direitos trabalhistas são irrenunciáveis. O empregado não pode contratar, por exemplo, em troca de um bom salário, a renúncia de direitos contra práticas discriminatórias ou assediantes, ou então aceitar que não se observe o salário mínimo e o pagamento de horas extras²⁵.

Para finalizar esta parte, os mecanismos de tutela são diversos. No caso de violação ao *common law* e pretensões contratuais, a parte prejudicada pode levar sua demanda diretamente ao Poder Judiciário. Já em relação aos direitos previstos na legislação (*statutory rights*), eles podem ser exigidos, por exemplo, por agências administrativas, que possuem poderes de investigação e legitimidade para agir em juízo, ou pelo interessado. Algumas leis criam mecanismos de adjudicação internos, ou seja, na própria agência, que possui juízes administrativos, cujas decisões comportam recursos para a própria agência e posteriormente para o Judiciário. A vantagem da adjudicação por agências é a maior celeridade em relação ao Judiciário e o custo mais baixo, uma vez que as ações no Judiciário podem acarretar um alto custo para as partes²⁶.

4. ALTERAÇÕES PRODUZIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

A Lei 13.467, de 13.07.2017 (Brasil, 2017), denominada “Reforma Trabalhista”, acrescentou dispositivos na Consolidação das Leis do Trabalho e alterou diversas partes de seu texto e de legislação esparsa, bem

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

como tratou de temas objeto da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, confirmando alguns entendimentos, porém superando vários outros.

A proposta de reforma trabalhista que culminou na Lei 13.467, de 2017, tramitou no momento de crise de representatividade vivenciada no Brasil. Ao lado de problemas políticos e econômicos, o Congresso Nacional não reflete a diversidade da sociedade brasileira e das minorias existentes no país.

A reforma foi passada como mudança necessária e positiva para a sociedade, porém a sua tramitação acelerada e as negociações por trás de sua aprovação indicam a não participação efetiva dos atores sociais. Não se cogitou de inovações que pudessem contemplar problemas trabalhistas que são levados cotidianamente aos tribunais, mas que até o momento não mereceram atenção do legislador²⁷.

Equívocos na reforma foram prontamente identificados. Tanto que logo após a sanção da lei, foi editada uma medida provisória para corrigir alguns pontos, mas a medida provisória, como mencionado, terminou caducando.

Alguns pontos da reforma conferem realce à autonomia individual da vontade. No artigo 444, parágrafo único, estabelece-se a livre negociação das matérias previstas no artigo 611-A para o empregado portador de diploma de nível superior e que receba valor superior ou igual a duas vezes o teto dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. Esses valores também foram utilizados para a pactuação de cláusula compromissória de arbitragem, por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos do artigo 507-A.

No artigo 59 e 59-A, deslocaram-se matérias do campo da negociação coletiva para a autonomia individual da vontade, contrariando a própria ideia central da reforma que é a prevalência da negociação coletiva, como no caso do banco de horas em que a compensação ocorra no período

²⁷ O exemplo que costumo apresentar é o do assédio moral. Apesar de inúmeras ações na Justiça do Trabalho tratarem desse tema, até o momento não se estipulou garantias contra essa prática que devasta o meio ambiente de trabalho, gerando elevado índice de adoecimento no trabalho.

de até seis meses (art. 59, § 5º) e no do horário de doze de trabalho por trinta e seis de descanso, que pela jurisprudência devia ser precedida de convenção ou acordo coletivo. A nova lei a admite por acordo individual escrito, além de dispensar o pagamento do feriado que recaia no período de repouso (art. 59-A, CLT). Da mesma forma, autoriza-se por acordo individual a compensação de horários no mesmo mês (art. 59, § 6º, CLT). Além disso, a prestação de horas extras habituais não descaracteriza o banco de horas e a compensação de horários (art. 59-B, par. único, CLT).

A Lei 13.467, de 2017, elimina as horas de itinerário (art. 58, § 2º, CLT), com retrocesso em relação à legislação que instituiu o pagamento dessas horas (Lei 10.243, 2001).

A concentração e intensificação dos poderes de controle da duração do trabalho são reforçadas pela previsão inovadora do trabalho intermitente, sendo esta talvez a modalidade mais violenta de apropriação e controle do tempo da vida pessoal e familiar do trabalhador. O contrato de trabalho intermitente permite a alternância de períodos de prestação de serviços e inatividade, mas o trabalhador não desfrutará de direitos trabalhistas no período de inatividade, que passou a ser de controle do empregador, considerando a expectativa de convocação (art. 443, § 3º, e 452-A, CLT).

Se a gestão do tempo de trabalho é condicionada apenas às demandas da produção, o trabalhador se torna completamente refém do empregador, que passa a se apropriar do tempo livre do empregado, pois haverá sempre a expectativa de ser convocado, sem poder usufruir desse tempo ou sem realizar os projetos concernentes a sua vida pessoal e familiar fora do trabalho. Ou seja, trata-se de campo propício para acidentes e o adoecimento do trabalhador.

A fragmentação entre meio ambiente de trabalho e duração do trabalho permeia a reforma trabalhista, que estabelece para o primeiro o caráter indisponível e para o segundo, disponível. O art. 611-B, parágrafo único, acrescentado pela Lei n. 13.467, de 2017, esclarece que as “regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho” (BRASIL, 2017), para fins de regulação desses direitos por convenção e acordos coletivos.

O artigo 477-A da Consolidação das Leis do Trabalho equipara as dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas e afasta a autorização pelo sindicato ou da previsão em convenções ou acordos coletivos de trabalho.

Foi conferida nova redação aos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da Consolidação das Leis do Trabalho, para modificar a natureza da contribuição sindical, retirando o seu caráter obrigatório. A alteração produz impacto na negociação coletiva.

Um dos pontos centrais da reforma é a reformulação da negociação coletiva. Pode-se dizer que esta é a tônica do novo conjunto normativo, na medida em que sua ideia inspiradora consistiu na prevalência do negociado sobre o legislado. O legislador reformista buscou uma espécie de imunidade da negociação coletiva em relação à atuação do Judiciário trabalhista. No artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, foi incluído o § 3º prevendo que a Justiça do Trabalho ao examinar convenção coletiva ou acordo coletivo ficará restrita aos “elementos essenciais do negócio jurídico”, conforme os ditames do Código Civil, “e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva” (BRASIL, 2017).

Mais diretamente em relação às convenções e aos acordos coletivos de trabalho foi introduzido o artigo 611-A, prevendo a prevalência do negociado sobre o legislado nas matérias ali enumeradas.

O artigo 611-A da CLT contém cinco parágrafos estipulando que a ausência de contrapartida expressa não invalida a convenção ou o acordo coletivo; que a redução do salário por instrumento coletivo deve ser acompanhada da garantia de emprego; que a ação anulatória alcançará a cláusula anulada e a cláusula compensatória; e que a participação dos sindicatos subscritores como litisconsortes necessários nas ações anulatórias de cláusulas de convenções ou acordos coletivos. Esses dois últimos pontos contradizem a previsão do § 3º do artigo 8º já citado, restringindo o exame pela Justiça do Trabalho dos aspectos formais das convenções e acordos coletivos ao mencionar a ação anulatória de cláusulas desses instrumentos normativos.

O artigo 611-B da CLT prevê as matérias que não poderão ser suprimidas ou reduzidas por convenção ou acordo coletivo, o § 3º do artigo 614 da CLT confirma o prazo máximo de dois anos para os acordos e

convenções coletivas, vedando a ultratividade desses instrumentos normativos e o artigo 620 da CLT, por fim, prevê a prevalência das condições previstas em acordo coletivo em relação as de convenção coletiva.

5. COMPARANDO A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E A DISPENSA COLETIVA COM O DIREITO NORTE-AMERICANO

No presente tópico será feita uma breve comparação entre os dois pontos escolhidos para análise: a prevalência do negociado sobre o legislado e a dispensa coletiva.

A prevalência do negociado sobre o legislado inverte a lógica do direito do trabalho. Apesar de várias reformas que ocorreram nos mais diversos ordenamentos jurídicos no âmbito da negociação coletiva, é possível dizer que a brasileira é a que propõe essa radical inversão, pois nos demais ordenamentos busca-se maior descentralização e o reforço do acordo por empresa (GUAMÁN HERNÁNDEZ y ILLUECA BALLESTER, 2012).

O artigo 611-A, ao estabelecer a prevalência da negociação coletiva prejudicial em relação à lei como critério geral, afronta a imposição de melhoria das condições sociais dos trabalhadores, como expressão do princípio de proteção contido no caput do artigo 7º da Constituição (BRASIL, 1988). A flexibilização das normas trabalhistas é possível, mas em caráter excepcional e não ordinário.

Da mesma forma, carece de sentido a dispensa de cláusula compensatória na convenção e acordo coletivo de trabalho. Ela retira a ideia de negociação de boa fé mediante concessões recíprocas. O exame do conteúdo do instrumento coletivo é essencial nos termos da Constituição e a aceitação do negociado de forma prejudicial e excepcional só pode ocorrer por meio de vantagem compensatória.

A vedação da ultratividade desestimula completamente a negociação, pois coloca toda a carga para iniciar o processo nas mãos do sindicato de trabalhadores. Referida vedação não é compatível com os

princípios da negociação livre e de boa fé e contraditoriamente, a lei veda a negociação coletiva sobre este ponto.

Como já foi examinado, os direitos individuais trabalhistas previsto em lei nos Estados Unidos não podem ser objeto de transação individual ou coletiva. Alguns direitos coletivos admitem transação, como por exemplo o compromisso de não deflagrar greve durante um período determinado.

Há grande discussão sobre a possibilidade de se acordar resolução de conflitos trabalhistas por arbitragem, quando estejam em jogo direitos previstos em leis. Deve-se notar que a arbitragem também é objeto de lei federal²⁸, que estabeleceu medidas para promover a arbitragem. Nos Estados Unidos, esse mecanismo de resolução dos conflitos é tradicionalmente usado e funciona de forma bem satisfatória.

No caso *Alexander v. Gardner Denver Co.*, de 1974, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em questão sobre discriminação racial, em que havia cláusula em instrumento coletivo prevendo a solução de conflitos por arbitragem, assegurou-se ao trabalhador, mesmo após a decisão arbitral, levar a questão ao Poder Judiciário.²⁹

Em *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, a Suprema Corte decidiu que o fato de se levar o caso para a arbitragem acarreta apenas a mudança de procedimento e instância para a resolução do conflito, mas a parte não abre mão do direito material assegurado por lei.³⁰

O mesmo entendimento foi confirmado em *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*³¹. Esta decisão gerou alguma polêmica em relação a ter ou não superado *Alexander*, considerando que o cumprimento da cláusula de arbitragem pode ser exigida pelo empregador. Contudo, substancial doutrina é no sentido de que não houve superação. O que

²⁸ *Federal Arbitration Act* (Pub.L. 68-401, 43 Stat. 883, enacted February 12, 1925, codified at 9 U.S.C. ch. 1)

²⁹ *Alexander v. Gardner-Denver Co.*, 415 U.S. 36 (1974).

³⁰ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* 473 U.S. 614, 626-28 (1985).

³¹ *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20, 26-29 (1991).

importa destacar é que por acordo individual ou coletivo não é possível afastar a incidência de direito previsto em lei (Weatherspoon, 2014).

A Suprema Corte dos Estados Unidos julgou recentemente a questão sobre cláusulas de arbitragem impostas no momento da celebração de contratos de empregados em que há renúncia de ajuizamento de *class actions* e outras formas coletivas em face de violação a direitos. A agência federal *National Labor Relations Board* considerou que tais cláusulas violam o direito de concertação coletiva assegurado pela Seção 7 do *National Labor Relations Act*.³² Porém, a Suprema Corte assim não entendeu. Como a lei federal de arbitragem é anterior à lei que assegura o direito à concertação coletiva e também à previsão da *Class Actions*, tais cláusulas foram consideradas válidas. De qualquer forma, deve-se ressaltar que não houve alteração do entendimento de que a arbitragem não pode afastar direitos previstos em lei. A decisão tampouco afeta atuação das agências de investigar e ajuizar ações coletivas. Muitas cortes não admitem a validade de mencionadas cláusulas em algumas matérias, como assédio sexual. Há inclusive projeto de lei federal tramitando nesse sentido³³.

O outro ponto de análise é o da dispensa coletiva. Aqui, inverte-se a lógica novamente, porém, desprestigiando a negociação coletiva e o princípio da negociação de boa-fé.

A reforma trabalhista, operada pela Lei 13.467, de 2017, introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho o artigo 477-A, que prevê que as “dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação” (BRASIL, 2017).

Em relação à dispensa dos empregados, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu no artigo 7º, I, proteção contra a dispensa arbitrária ou

³² *Epic Systems Corp. v. Lewis, Ernst & Young LLP v. Morris, National Labor Relations Board v. Murphy Oil USA, Inc.* <http://www.scotusblog.com/case-files/terms/ot2017/>. Acesso em 28.09.2017.

³³ H.R. 4570 – *Ending Forced Arbitration of Sexual Harassment Act*.

sem justa causa, remetendo à lei complementar a sua implementação, mediante a previsão de direitos, além da indenização compensatória.

De plano, constata-se que o legislador ordinário não possui qualquer margem para negar ou afastar uma proteção relativa à dispensa dos trabalhadores, uma vez que se trata de matéria reservada a lei complementar. Como será examinado, o novo artigo 477-A da CLT viola outros artigos constitucionais.

A dispensa coletiva não afeta apenas os trabalhadores diretamente, mas também os seus familiares e a comunidade local, que deve enfrentar os problemas decorrentes de um número repentino e elevado de desempregos, com enorme impacto negativo na produção e no consumo.

A dispensa é o ato do empregador que melhor expressa o exercício de seu poderio sobre a pessoa do empregado, que em geral não possui meios para resistir e enfrentá-lo. É usual denominar o poder de dispensa do empregador como um direito potestativo, ou seja, correspondente a uma declaração receptícia de vontade, segundo a qual o destinatário não possui alternativa senão aceitá-la.

Os estudiosos do tema chegam a equipar referido poder à violência. Entre as consequências de seu exercício, os trabalhadores ficam totalmente privados de seus direitos trabalhistas, inviabilizando a sua integração sócio-econômica (Baylos Grau; Pérez-Rey, 2009).

A equiparação da dispensa coletiva à dispensa individual vai na contramão de vários ordenamentos jurídicos, cuja tendência é diferenciar as dispensas coletivas, mediante tratamento e procedimento próprios, tendo em vista a necessidade de preservar os trabalhadores afetados, suas famílias e a comunidade como um todo. Antes de entrar nesses pontos mais específicos, será examinada a negociação coletiva de boa fé e proteção na dispensa coletiva nos Estados Unidos.

Para a satisfação do dever de negociação de boa fé, as partes devem iniciar o processo dispostas a dialogar e rever posições, determinadas a encontrar as bases para o acordo.

De acordo com o direito norte-americano, viola o dever de negociar de boa-fé a parte que se apoia numa única proposta do tipo “pegar ou largar (*take-it-or-leave-it*)”. A negociação de boa fé exige o reconhecimento das

partes de que a negociação coletiva é um processo de cooperação que deverá satisfazer os interesses de ambos.³⁴

A Suprema Corte dos Estados Unidos confirmou decisão em que a agência de relações coletivas daquele país (*National Labor Relations Board*) considerou violação do dever de negociar de boa-fé a alegação do empregador de que não teria condições de conceder os reajustes salariais reivindicados, porém recusando-se a provar essa situação de impossibilidade pelos meios previstos.³⁵

As informações necessárias para assegurar uma negociação coletiva de boa-fé não se restringem a condições de trabalho propriamente ditas. Um sindicato pode, por exemplo, levar à pauta de discussão o questionamento de uma política discriminatória por parte do empregador no momento da contratação de empregados. Neste caso, é possível ter acesso aos documentos de contratação para verificar questões de nacionalidade, origem, raça e gênero dos candidatos e dos selecionados.³⁶

A informação é fundamental na construção de um modelo negociado de resolução de conflitos. Países da Europa há muito vêm reconhecendo o direito de informação, participação e consulta e a União Europeia possui norma a esse respeito.³⁷

Não é possível estabelecer um modelo de negociação coletiva pautado pela boa-fé sem o dever de fornecimento das informações necessárias para se chegar a um acordo que reflita os interesses em disputa e as circunstâncias do momento. Sem a observância dessa condição, a negociação passa a ser utilizada como instrumento para uma parte levar vantagem em detrimento da outra.

Como já examinado na parte histórica, nos Estados Unidos foi aprovada, em 1988, lei federal determinando que empregadores com 100 ou mais empregados deverão notificar os empregados que serão despedidos ou

³⁴ *General Electric CO. National Labor Relations Board* 150 N.L.R.B 192 (1964).

³⁵ *NLRB v. TRUITT MANUFACTURING CO.* 351 U.S. 149, 76 S. Ct. 753, 100 L. Ed. 1027 (1956).

³⁶ *Hertz Corp. v. NLRB*, 105 F.3d 868 (3d Cir. 1997)

³⁷ Diretiva 2002/14/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. «DOCE» núm. 80, de 23 de março de 2002, páginas 29 a 34.

os sindicatos, com sessenta dias de antecedência, em razão de fechamento de planta ou dispensa em massa (*mass lay-off*) (*Worker Adjustment and Retraining Notification Act* - WARN). A não observância de disposições da lei acarreta o pagamento do período correspondente, além de indenizações. Ou seja, há mecanismos diferenciados para a dispensa coletiva.

O conteúdo do artigo 7º, XXVI, da Constituição (BRASIL, 1988) reconhece os acordos e convenções coletivas. Além da previsão do direito de negociação coletiva propriamente dito, afigura-se o direito dos trabalhadores de ter suas relações de trabalho disciplinadas por esses instrumentos coletivos nos atos que tenham impacto na coletividade. Ou seja, o dispositivo mencionado não possui apenas um caráter institucional para criar condições para a celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho. Eles preveem, principalmente, o direito subjetivo dos trabalhadores, como coletividade, de terem as questões coletivas negociadas para serem objeto desses instrumentos coletivos, retirando do empregador o poder de defini-las unilateralmente. De acordo com a Constituição, todas as medidas que afetem a coletividade de trabalhadores, além de respeitarem o patamar mínimo estabelecido nas normas constitucionais e legais, devem ser objeto de negociação coletiva, em lugar de serem estabelecidas unilateralmente pelo empregador.

Além disso, não faz sentido exigir negociação coletiva para a redução salarial, que no plano lógico antecede a despedida coletiva, e considerar dispensável o instrumento coletivo para a última, que é a medida mais drástica.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vários dos dispositivos introduzidos pela reforma trabalhista contribuem para a informalidade, precariedade e exclusão no trabalho. É inquestionável que o âmbito de proteção foi drasticamente reduzido.

O campo da autonomia individual foi ampliado e isso incrementará a desigualdade no trabalho. Além disso, não houve preocupação em criar um modelo e negociação coletiva pautado pela participação efetiva, fluxo de informações e negociação coletiva de boa-fé.

Afirmações no sentido de que a reforma trabalhista brasileira foi inspirada no Direito do Trabalho norte-americano não passam de desconhecimento sobre a evolução histórica daquele direito.

A conclusão a que se chega é que a reforma trabalhista reverte o processo de constitucionalização do Direito do Trabalho e representa uma ameaça contra a promoção da igualdade e da democracia no trabalho.

Referências

ALVARENGA, Rubia Zanotelli. **Trabalho decente. Direito humano e fundamental**. São Paulo. LTr, 2016.

BALES Richard A.; HIRSCH, Jeffrey M. and SECUNDA, Paul M. **Understanding Employment Law**. Lexis Nexis, 2007.

BAYLOS GRAU, Antonio y PÉREZ-REY, Joaquín. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid, Trotta, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

Acesso em 02.10.2018.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1)

[2018/2017/Lei/L13467.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1). Acesso em 02.10.2018.

BRASIL. Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017.

[https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-](https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/131611)

[/mpv/131611](https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/131611). Acesso em 02.10.2018.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social. Uma crônica do salário.** Petrópolis, Editora Vozes, 1998.

DUBOFSKY, Melvyn and MCCARTIN Joseph. **American Labor.** A documentary collection. Palgrave, 2004.

GARRY, Patrick M. **An Entrenched Legacy:** How the New Deal Constitutional Revolution Continues to Shape the Role of the Supreme Court. Pennsylvania State University, 2008.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración y ILLUECA BALLESTER, Héctor. **El huracán neoliberal.** Una reforma laboral contra el trabajo. Madrid, Sequitur, 2012.

PEREZ-ROYO, Javier. **Curso de Derecho Constitucional,** Madrid, Marcial Pons, 2007.

STONE, Geoffrey R. et all. **Constitutional Law.** Wolters Kluwer, 7th ed. 2013.

SUSTEIN, Cass R. Constitutionalism after the New Deal , **Harv. L. Rev.** 421, 1987.

WEATHERSPOON, Floyd D. Incorporating Mandatory Arbitration Employment Clauses Into Collective Bargaining Agreements: Challenges And Benefits To The Employer And The Union. **Delaware Journal of Corporate Law.** Vol. 38, 2014.

