

PROTEÇÃO, LIBERDADE E FUNÇÃO SOCIAL EM UM MUNDO DO TRABALHO EM TRANSFORMAÇÃO

O papel do Poder Judiciário

CRISTIANO SIQUEIRA

.....
Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 10ª Região.

INTRODUÇÃO

O mundo do trabalho está em constante transformação. Trabalho plataformizado, *marketplace*, *crowdsourcing*, inteligência artificial, automação, trabalho remoto, terceirização ampla, pejotização são apenas algumas realidades que desafiam o modelo clássico de proteção da relação emprego, provocando continuamente a se repensar a relação entre trabalho humano e regulação jurídica.

Como bem lembrado por Valerio de Stefano,¹ quando se fala em futuro do trabalho, a discussão frequentemente se concentra em quantos empregos serão perdidos no futuro devido à automação e a inteligência artificial, uma abordagem quantitativa que negligencia um aspecto crucial: a *qualidade* dos trabalhos que restarão e qual a forma mais eficiente para se proteger o trabalhador. Assim, para além da importante reflexão sobre o impacto das novas tecnologias sobre mercado de trabalho no que se refere à redução de postos de trabalho, relevante analisar também *como* serão esses empregos e como afetarão a dignidade e os direitos dos trabalhadores. Como assegurar trabalho em contex-

1. *Automação, inteligência artificial e proteção laboral: padrões algorítmicos e o que fazer com eles.*

to de constante automação das formas de produção? Como garantir a dignidade do trabalhador em modelo de gestão empresarial em que o trabalho é realizado por meio do emprego de plataformas, sem sufocar a inovação, a livre-iniciativa e o crescimento econômico, molas propulsoras da geração de postos de trabalho? Como garantir a proteção ao trabalhador em um mundo do trabalho em constante transformação? Qual o papel da Justiça do Trabalho, como importante ator na definição do conteúdo do Direito do Trabalho a partir do referido contexto?

A solução para essas indagações não é fácil de se alcançar, pois depende de uma série de condicionantes que somente poderão ser satisfeitas mediante o cumprimento de pressupostos econômicos e políticos, além de uma clara mudança cultural. De todo modo, parece-me que duas condições aparentam estar presentes em todos esses cenários para o equilíbrio desta balança: crescimento econômico e vontade política de construção de uma sociedade mais justa, igual e solidária que reconheça a centralidade do trabalho como o meio mais claro de conceder dignidade às pessoas.

Nesse contexto, o objetivo deste artigo é sugerir reflexões iniciais sobre como o Poder Judiciário deve receber a interação entre o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa a partir desse novo contexto de transformação do mundo do trabalho. Na primeira parte, navegar-se-á pela centralidade do trabalho e pela necessidade de sua proteção; na segunda, será defendida a importância da livre-iniciativa como mola propulsora das condições necessárias para a realização do trabalho decente; na terceira discorrer-se-á sobre como a proteção do trabalho depende da realização da livre-iniciativa e do crescimento econômico; na quarta e última, será promovida uma reflexão sobre o papel que deve ser exercido pelo Poder Judiciário, especialmente a partir de uma releitura do princípio da proteção e de como esse princípio deve ser aplicado na esfera coletiva, em particular no que se refere à relação entre o negociado e o legislado.

1. A NECESSIDADE DE PROTEGER O TRABALHO HUMANO

A proteção do trabalho se justifica juridicamente por duas razões principais: (1) a de servir como um dos principais instrumentos para assegurar a dignidade das pessoas; e (2) em razão da relação jurídica assimétrica existente entre trabalhador e empregador em que a garantia de alguns direitos fundamentais se faz necessária para promover o necessário equilíbrio.

Sob o primeiro aspecto, é importante repisar que a dignidade é qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que reclama um conjunto de regras, princípios e instituições destinadas, não apenas a assegurar proteção contra qualquer ato degradante e desumano, mas também para garantir condições mínimas de uma vida saudável e do exercício livre das escolhas legítimas sobre a própria existência.² Na perspectiva da teoria crítica de direitos humanos, à luz da doutrina de Joaquín Herrera Flores, a dignidade se concretiza na criação de espaços emancipatórios destinados a dar acesso igualitário aos bens materiais e imateriais necessários a uma existência decente a partir da conjunção dos valores de liberdade, igualdade e vida.³

Com base nessas dimensões, é possível sustentar que a dignidade depende da adoção efetiva de uma série de condutas e medidas necessárias para a realização dos direitos humanos. Nesse propósito, o *trabalho tem um especial destaque*. Em primeiro lugar, o trabalho é instrumento de construção da identidade das pessoas, permitindo o surgimento de uma percepção de pertencimento social a partir da contribuição produtiva gerada ao tecido social. Além disso, em perspectiva mais pragmática, o trabalho, ao se revelar o mais importante elo de aproximação entre o desenvolvimento econômico e social,⁴ constitui-se, para maior parte da população economicamente ativa, o principal meio de acesso aos bens materiais e imateriais destinados a uma existência digna. Afinal, para maior parte da população, o acesso a recursos financeiros não advém de doações, bens adquiridos por herança ou a partir de aplicações financeiras, mas por meio da retribuição financeira recebida pelo trabalho executado. Assim, a partir de contraprestação salarial, o trabalhador (e seus dependentes) se capacita para usufruir efetivamente dos direitos à moradia, alimentação, saúde, educação, lazer, entre outros necessários à existência digna (CF, art. 6º c/c CF, art. 1º, III). Não há dúvidas de que, na prática, a falta de acesso (e a impossibilidade de se permanecer vinculado) a um trabalho digno reduz ou mesmo impede a capacidade de boa parte das pessoas alcançarem uma vida digna.

-
2. SARLET, Wolfgang Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.
 3. FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boitex, 2009. p. 132
 4. OIT, Perfil do trabalho decente no Brasil. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/pub/perfil_do_trabalho_decente_301.pdf. Acesso em: 10 abr. 2013.

Nesse cenário, à luz da moldura constitucional delineada, o trabalho deve ter tratamento privilegiado, devendo o intérprete, na árdua tarefa de investigar o sentido do enunciado normativo, buscar aquele que melhor atenda aos seus fins sociais. Não por outro motivo, o trabalho ocupa papel central na arquitetura constitucional brasileira, sendo, não apenas destacado como fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV), mas também se revestindo de um dos principais instrumentos de alcance dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no art. 3º, para construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I). Além do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão se constituir um direito fundamental (CF, art. 5º, XIII), o trabalho é expressamente reconhecido no texto constitucional como direito social (CF, art. 6º,), sendo-lhe dedicado um rol extensivo de direitos fundamentais no art. 7º. Há também um dever especial destinado à União na organização, manutenção e execução da inspeção do trabalho (CF, art. 22, XXIV). A ordem econômica também deve ser fundada no valor social do trabalho (CF, art. 170,), sendo certo que a função social da propriedade rural reclama a observância das disposições que regulam as relações do trabalho (CF, art. 186, III). Por sua vez, a ordem social tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais (CF, art. 193). A assistência social tem como um de seus objetivos a promoção da integração ao mercado de trabalho (CF, art. 203) e a educação busca, além de outros propósitos, a qualificação para o trabalho (CF, art. 205).

Sob o segundo aspecto, o desequilíbrio de forças na pactuação das condições individuais de trabalho é a característica mais evidente das relações de emprego e que, não apenas permite, mas exige que o Estado estabeleça uma rede de princípios, regras e institutos destinados a equalizar, no plano jurídico, as capacidades negociais entre empregado e empregador claramente desniveladas no plano natural. Não se trata de não o reconhecer como um ser racional que não negocia à luz de seus próprios interesses, tampouco de se admitir vulnerabilidade em razão de eventual falta de conhecimento em relação às questões trabalhistas, mas de assumir sua incapacidade real de barganhar as condições de trabalho nas mesmas condições do empregador em decorrência das assimetrias da relação empregatícia.

Quatro são as principais causas que determinam a referida desigualdade negocial.

Em primeiro lugar, como o trabalho é essencial para sobrevivência do trabalhador (e, em muitos casos, de sua família), a capacidade negocial do em-

pregado fica enfraquecida. Afinal, ante o receio da perda de oportunidade ao emprego (e do principal meio de sobrevivência), a escolha racional de um empregado, por via de regra, é não colocar muitos óbices ao empregador e não questionar as condições de trabalho oferecidas.

Não podemos esquecer da velha máxima: onde se tem necessidade, a liberdade fica limitada. E, se a maioria das pessoas precisa de trabalho para ter acesso aos bens materiais e imateriais imprescindíveis à satisfação de suas necessidades básicas, a liberdade de negociar perante o empregador fica inegavelmente comprometida, pois nem todos tem a capacidade de barganhar condições de trabalho que consideram ideais quando, independentemente do acerto realizado, haverá necessidade de se trabalhar para poder sobreviver. A vulnerabilidade ainda se reforça quando muitos trabalhadores (em especial, desempregados) estão dispostos a aceitá-las em quaisquer cenários, inclusive desfavoráveis, apenas para conseguir ocupação que lhes permita o recebimento de valores imprescindíveis à subsistência (salário).

Em segundo lugar, o traço distintivo da relação de emprego, quando se compara com outros tipos de trabalho, é a subordinação jurídica que talha relação de poder, caracterizado por nítido caráter hierárquico, em que, por força do contrato, o empregado coloca seu tempo à disposição do poder do empregador em dirigir a organização da atividade produtiva. Essa relação hierárquica consolida a posição de autoridade do empregador, dificultando o exercício de resistência do empregado, não apenas em razão da consciência de seu estado jurídico de sujeição ao poder diretivo, mas também em decorrência do próprio receio de se colocar contra aquele que, em tese, lhe dá acesso aos meios financeiros à satisfação de suas necessidades principais.

Em terceiro lugar, no campo negocial trabalhista, como bem sublinhado por Mauricio Godinho Delgado, o empregador, em boa parte das vezes, quando se constitui na forma de pessoa jurídica ou ente despersonificado, é considerado em sua coletividade (dimensão corporativa) com ações de impacto mais expressivo do que aquelas (ações) tomadas pelo empregado, compreendido em sua individualidade, com medidas que pouco interferem na realidade empresarial. Há pouco espaço para a negociação entre empregado (pessoa natural) e empresa (pessoa jurídica), pois, enquanto o emprego representa, para o trabalhador individualmente considerado, o principal meio de subsistência (impacto maior), para a sociedade empresarial, o trabalho executado por um único empregado (impacto menor) tende a não comprometer sua continuidade. Isso porque, quando há algum impacto, ele atinge apenas uma fração das atividades empre-

sariais, as quais, em regra, podem ser redistribuídas entre o grupo de trabalhadores ou executadas por outro empregado disposto a aceitar as condições oferecidas.

Em quarto lugar, a competição por um mesmo posto de trabalho entre um ou mais trabalhadores fragiliza ainda mais o poder de negociação do trabalhador, não apenas dos desempregados, mas também daqueles que já estão empregados, pois, receosos da possibilidade de preterição no posto pretendido ou dispensa no emprego já conseguido, acabam por aceitar com pouca resistência a proposta e eventuais (re)arranjos determinados pelo empregador.

Todos os referidos cenários resultam em real ambiente de desnivelamento de forças na capacidade de pactuação dos termos do contrato individual de emprego, exigindo, pelo menos no plano do Direito Individual do Trabalho, intervenção para correção das falhas do mercado de trabalho. O princípio da proteção, pedra fundamental do Direito do Trabalho brasileiro, busca justamente corrigir esse desequilíbrio entre os sujeitos contratuais, por meio da concessão, pela via normativa, de bloco de direitos trabalhistas fundamentais, representado pelo art. 7º da Constituição e por outros previstos na CLT, asseguradores de padrões mínimos, mas aceitáveis, de condições de trabalho sobre os quais não se poderia transigir (direitos indisponíveis).

A ideia é garantir, no ordenamento jurídico, condições mínimas de trabalho decente, sem que o empregado, em situação negocial naturalmente desigual, precise barganhar com seu empregador ou abrir mão desses direitos fundamentais em razão dos custos de oportunidade em não aceitar as condições já pré-definidas no contrato de trabalho (contrato de adesão). O pressuposto que alicerça o Direito do Trabalho é que, diante da disparidade de condições negociais, se precisasse negociar direito por direito, provavelmente, em razão de sua necessidade de trabalhar para ter acesso aos recursos materiais necessários à sua sobrevivência, o empregado prescindiria de várias condições essenciais em troca exclusivamente de salário.

2. A RELEVÂNCIA DE PROTEGER A LIVRE-INICIATIVA

A livre-iniciativa pressupõe a liberdade das pessoas naturais e jurídicas de criarem e desenvolverem negócios, produzindo e comercializando bens e serviços, sem intervenção estatal não prevista em lei. Como a livre-iniciativa fomenta geração de riquezas e empregos, proporcionando desenvolvimento e prosperidade, é importante que ela seja protegida.

Se, por um lado, é imprescindível proteger o trabalho como condição para realização dos direitos humanos da maior parte da população – aqui compreendida não apenas os trabalhadores, mas também todos os que indiretamente se beneficiam com a circulação dos recursos financeiros recebidos por meios dos salários, como os familiares –; por outro, é inegável a importância de se promover um ambiente propício ao desenvolvimento da livre-iniciativa, grande mola propulsora do crescimento econômico e, conseqüentemente, fonte geradora de trabalho e de riquezas.

Não há dúvidas de que o desenvolvimento econômico inclusivo e sustentável tem importante papel para geração de trabalhos decentes às pessoas. A proteção dos empregadores (e das empresas) é vital, portanto, para a “*continuidade das atividades de produção de riquezas pela circulação de bens ou prestação de serviços*” e, conseqüentemente, para geração e manutenção de postos de trabalho, sem os quais os trabalhadores não terão acesso aos recursos necessários à satisfação de suas necessidades mínimas.

Por isso, a Agenda 2030 da ONU, em seu ODS 8, sinaliza que a promoção do crescimento econômico inclusivo e sustentável é a chave para o trabalho pleno, produtivo e digno para todos.⁵

3. A HARMONIZAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO E O PRINCÍPIO DO VALOR SOCIAL DA LIVRE-INICIATIVA

A relação entre capital e trabalho usualmente é vista de forma adversarial em que o desenvolvimento de um representaria a retração do outro. Afinal, é inegável que a proteção ao trabalho representa um custo ao setor econômico que sempre se adapta para buscar novos mecanismos de obtenção de lucros por meio da redução de despesas e aumento de faturamento. Este é o dilema central do nosso tema: a tensão entre a proteção do trabalho e a liberdade empresarial. De um lado, temos a necessidade de assegurar direitos fundamentais aos trabalhadores para garantir condições mínimas à sua dignidade; do outro, a importância de preservar a livre-iniciativa e a capacidade das empresas de se adaptarem às mudanças do mercado e continuarem sendo fontes geradores de riquezas e

5. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2024.

trabalho. Sem ingenuidades que desconheçam os inequívocos desafios que historicamente tem sido enfrentados, parece evidente que, a partir da perspectiva constitucional já apresentada, as tensões existentes entre capital e trabalho precisam ser superadas, pois, na realidade, existe uma clara relação de interdependência e inter-relação entre esses dois vetores.

A metáfora da tripulação, embarcação e porto seguro é importante para a compreensão da relação simbiótica entre livre-iniciativa e trabalho. Embarcação (representando a livre-iniciativa – empresas) e tripulação (representando valor social do trabalho – trabalhadores) buscam chegar ao mesmo destino. A embarcação precisa da tripulação para ser guiada e a tripulação depende da embarcação para ser seguramente transportada. A embarcação ficará à deriva (sem direção) sem sua tripulação e esta estará naufragada e em risco sem a embarcação. Para chegarem juntos em segurança ao porto seguro, necessário preservar e proteger a tripulação e o barco, a livre-iniciativa e o valor social do trabalho.

Este foi o desejo do Constituinte de 1988: criar uma relação de harmonia entre livre-iniciativa e trabalho.

A primeira pista deu-se ao incluir livre-iniciativa e trabalho no mesmo inciso III do art. 1º da Constituição da República, sugerindo que ambos os vetores devem se desenvolver lado a lado, em relação de harmonia e não de autofagia.⁶ Além disso, a redação adotada no referido inciso III deixa claro que a livre-iniciativa não deve ser considerada um valor autônomo, reduzida à mera dimensão de liberdade econômica, pois também deve ser compreendida a partir de seu valor social. Veja que a redação do texto constitucional não se refere ao “valor social do trabalho e a livre iniciativa”, mas aos “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”. O uso no plural de “valores sociais”, acompanhado da preposição “de” acrescido de artigo definido para cada um dos vetores (do trabalho e da livre-iniciativa), deixa cristalino que o constituinte ressaltou

6. “Art. 1º 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:

I – a soberania;

II – a cidadania

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.”

o valor social que ambos carregam. Em outras palavras, tanto o trabalho quanto a livre-iniciativa somente se constituem como fundamentos do Estado Democrático de Direito quando realizados conforme seus valores sociais. Como bem lembrado por Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso, “o fundamento do Estado brasileiro não é apenas o trabalho ou a livre iniciativa, mas os valores sociais de ambos”,⁷ o que nos permite reconhecer que ambos os valores são inter-relacionados e interdependentes, devendo ser considerados a partir dos seus benefícios coletivos.

Para não haver dúvida quanto à explícita vontade do constituinte, a mesma fórmula foi repetida no art. 170, *caput*, da Carta Magna, em que igualmente houve referência simultânea a esses dois valores como alicerces da fundação da ordem econômica, que explicitamente tem a finalidade de assegurar existência digna a todos, conforme os ditames da justiça social.⁸

A Lei n. 13.874/2019, em seu art. 3º, II, alínea c, também deixa claro que o a liberdade econômica deve ser exercida em respeito à legislação trabalhista, o que mais uma vez reforça o equilíbrio entre valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa.

É por isso que a Agenda 2030 da ONU, em seu ODS 8, sinaliza que a promoção do crescimento econômico inclusivo e sustentável é a chave para o trabalho pleno, produtivo e digno para todos.⁹ Também, pelos mesmos propósitos, o Conselho de Direitos Humanos anunciou os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, documento que não apenas reforça o dever dos atores econômicos em respeitar os direitos humanos (Princípio 13), mas também orienta o setor econômico quanto à prevenção, mitigação e reparação dos impactos adversos da atividade produtiva no exercício dos direitos humanos das demais pessoas (Princípios 17 a 22).¹⁰ Por fim, esses foram os mesmos anseios

7. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. Comentário ao art. 1º, IV. In: CANTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 133-135

8. “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”

9. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Acesso em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>. Disponível em: 5 nov 2024.

10. UNITED NATIONS. Guiding Principles on Business and Human Rights. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 5 nov 2024.

do Conselho de Administração da OIT, que aprovou a Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Nacional, estabelecendo diretrizes e princípios que buscam “incentivar as empresas multinacionais a contribuir positivamente para o progresso econômico e social e para a concretização do trabalho digno para todas as pessoas”.¹¹

Por óbvio, esta clara inter-relação e interdependência não significa a ausência de interferência estatal na relação capital-trabalho, pois o mercado de trabalho é cheio de falhas, externalidades e assimetrias informacionais, sendo formado por atores (trabalhadores e empregadores) que não possuem as mesmas capacidades negociais. Como visto, a própria Lei de Liberdade Econômica condiciona o direito de toda pessoa natural ou jurídica de desenvolver atividade econômica ao respeito à legislação trabalhista (Lei n. 13.874/2019, art. 3º, II, alínea c), sugerindo que, no caso da relação trabalhista, o princípio da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas (Lei n. 13.874/2019, art. 2º, III) deve ser relativizado, a fim de permitir a correção das falhas existentes.

Nesse sentir, a atividade produtiva não serve apenas como importante meio de geração de riquezas em benefício da “livre-iniciativa”, mas igualmente como instrumento indispensável à criação de espaços e capacidades para os diversos trabalhadores exercerem seus direitos humanos por meio de um trabalho valorizado e decente (CF, arts. 1º, 3º, 6º, 7º, 170 e 193).

Nesse sentido, em uma sociedade livre, justa, solidária, em que respeitada, protegida e promovida a dignidade da pessoa humana (CF, arts. 1º, III e IV e 3º, I, II, III e IV, 170, III), a noção de desenvolvimento sustentável transcende a simples acumulação de riquezas e reclama verdadeira transformação social, em que assegurados os legítimos meios necessários para a escolha individual e coletiva da vida que pretendemos viver e das liberdades que desejamos gozar.¹²

11. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração Tripartida de Princípios sobre Empresas Multinacionais e Política Salarial. Disponível em: https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40europe/%40ro-geneva/%40ilo-lisbon/documents/publication/wcms_854892.pdf. Acesso em: 5 nov 2024.

12. A esse respeito, recomenda-se a leitura de dois ganhadores do Prêmio Nobel de Economia: Joseph Stiglitz (Employment, Social Justice and Societal Well-Being, *International Labour Review*, Oxford University Press, v. 141, 2002) e Amartya Sen (*Development as a Freedom*, United Kingdom, Oxford University Press, 1999).

4. A CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: UMA NOVA LEITURA DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NAS ESFERAS INDIVIDUAL E COLETIVA DAS RELAÇÕES EMPREGATÍCIAS

A relação empregatícia é regulada basicamente por três fontes jurídicas distintas que produzem efeitos jurídicos simultaneamente durante todo período contratual: lei, contrato e normas coletivas.

Consideradas as diferenças das capacidades negociais entre trabalhador e empregador que limitam a autonomia negocial individual, a opção preponderante adotada para regulação da relação trabalhista em nosso ordenamento jurídico é a lei que assegura um bloco de direitos mínimos ao empregado, independentemente da celebração de ajustes individuais ou coletivos. A existência de lei não impede o exercício da autonomia individual ou coletiva, mas a limita. No campo coletivo, por exemplo, é possível a celebração de normas coletivas por meio dos seres coletivos (entidades sindicais e empresas), inclusive, em condições diferentes daquelas estabelecidas pela lei, desde que não se reduza patamar protetivo de direitos de indisponibilidade absoluta (Tema 1.046 STF; CF, art. 7º XXVI e CLT, arts. 611-A e 611-B). Por sua vez, no campo da autonomia individual, restaria a possibilidade de criar condições contratuais especiais entre os sujeitos da relação empregatícia, desde que não se estabeleça situação mais prejudicial aos trabalhadores do que aquelas previstas em lei (CLT, art. 444).

Os legitimados para criação das condições que regulam a relação de emprego são a União, por meio da legislação trabalhista (CF, art. 22, I), os seres coletivos no caso de normas coletivas de trabalho (CF, art. 7º, XXVI e 8º, III; CLT, arts. 611-A e 611-B), e os próprios sujeitos contratuais, a partir das condições contratuais estabelecidas (CLT, art. 444). Embora sua função não seja a de legislar sobre direito do trabalho (CF, arts. 2º e 22, I), tampouco gerar empregos ou promover a livre-iniciativa, a Justiça do Trabalho, no exercício da entrega da prestação jurisdicional, pode e deve, nos casos concretos, interpretar as diversas fontes que regulam a relação empregatícia com o propósito de, na medida do possível, alcançar a harmonia almejada constitucionalmente entre o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa (CF, art. 1º, IV). O Judiciário Trabalhista, portanto, deve buscar soluções criativas e equilibradas que concedam a necessária proteção ao empregado, sem deixar de considerar, quando possível pelos métodos interpretativos, os efeitos práticos das decisões judiciais (LINDB, art. 20), inclusive aqueles que podem impactar a saúde financeira das empresas e, conseqüentemente, a manutenção de postos de trabalho.

Deixa-se claro que não são defendidas interpretações que tenham o propósito de desproteger os empregados. Ao revés, a partir das margens normativas já estabelecidas (CF, art. 7º, XXVI e LINDB, art. 20), o que se propõe é buscar, quando possível, interpretações que protejam o trabalhador não necessariamente sob uma perspectiva meramente individual (dimensão microjurídico), mas especialmente em caráter que alcance a coletividade dos trabalhadores que igualmente depende da valorização da livre-iniciativa para geração e manutenção de empregos de qualidade (dimensão macrojurídica).

Com esta finalidade de favorecer decisões que considerem a relação simbiótica entre valor social do trabalho e valor social da livre-iniciativa, propõem-se duas linhas interpretativas: uma para a relação individual do trabalho e outra para a esfera coletiva.

Na relação individual do trabalho, sugere-se que o princípio da proteção (e demais os seus princípios derivantes: norma mais benéfica e condição mais benéfica, por exemplo) seja também pensado em perspectiva macrojurídica, sem levar em consideração exclusivamente a situação concreta trazida, mas com olhar sensível aos efeitos práticos da decisão que podem transcender ao interesse de um dos litigantes e alcançar toda a coletividade de trabalhadores de determinada empresa e segmento (LINDB, art. 20).

Em um primeiro exemplo, sugere-se a discussão sobre a aplicação temporal da Reforma Trabalhista nos contratos em curso. Pessoalmente, entendo que respeitados direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI), a Lei n. 13.467/17 deve ser aplicada imediatamente a partir de sua vigência (11.11.2017), inclusive, em relação aos contratos em curso, apenas não se alcançando os fatos pretéritos já consumados. A meu ver, tal entendimento não ofende o princípio da condição mais benéfica, pois o referido postulado se limita à preservação de vantagens laborais de origem contratual (CLT, art. 444) contra alterações prejudiciais impostas pelo empregador (CLT, art. 468), não impedindo as modificações determinadas por lei em sentido estrito, cuja observância deve ser imediata e para todos (LINDB, art. 6º e CLT, art. 912).

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho, por ocasião do julgamento do IncJulgRREmbRep-528-80.2018.5.14.0004, aprovou o Tema 23 da Tabela de Recursos Repetitivos, cuja tese é de que “A Lei n. 13.467/17 possui aplicação imediata aos contratos de trabalho em curso, passando a regular os direitos decorrentes de lei, cujos fatos gerados tenha se efetivado a partir de sua vigência”. Ficou claro que a sessão de julgamento foi marcada por longos debates e clara

divergência entre os Ministros do TST, prevalecendo, por 15 a 10, a tese vencedora.

Para além da uniformização jurisprudencial realizada, aplicação da sugestão de interpretar a partir de perspectiva macrojurídica em que considerados os efeitos práticos da decisão (LINDB, art. 20), sem desprezar a necessidade de proteger os trabalhadores, reforçaria o entendimento alcançado no Tema 23. Ora, a aplicação da Reforma Trabalhista apenas para os empregados contratados posteriormente à sua vigência poderia gerar regimes jurídicos e custos de mão de obra distintos em mesmo empregador a empregados que exercem a mesma função. Tal cenário geraria estranho paradoxo, pois, além de se constituir em inequívoca quebra de tratamento isonômico causada por uma alteração legislativa (e não por determinação de mudança contratual unilateral do empregador – CLT, art. 468 e Súmula 51/TST), poderia incentivar o empregador a dispensar os empregados antigos, de custo provavelmente mais alto, e contratar outros menos onerosos.

Para ilustrar tal exemplo, basta pensar no caso de horas *in itinere*. A opção de interpretar os princípios da proteção e da condição mais benéfica no sentido de afastar a aplicação da Reforma Trabalhista para contratos em curso é enganosa e, em vez de proteger a coletividade, acaba desprotegendo-a por colocar em vulnerabilidade boa parte dos empregados com contrato em curso. Afinal, a interpretação microjurídica, por mais bem intencionada que seja sob a perspectiva individual, não leva em consideração possíveis efeitos práticos da vulnerabilidade adicional aos empregados com contrato em curso quando comparados a empregados admitidos posteriormente.

A solução judicial que, nesse caso, melhor representa a harmonia entre valor social do trabalho e valor social da livre-iniciativa e que, portanto, leva em consideração tanto o princípio da proteção quanto os efeitos práticos da decisão, é aquela que permite a aplicação da Reforma Trabalhista a partir da sua vigência aos contratos em curso, pois, ao mesmo tempo que tem padrão protetivo coletivo em relação aos empregos daqueles que foram contratados anteriormente, igualmente permite a incidência imediata dos novos padrões normativos, trazendo isonomia, previsibilidade e segurança jurídica, valores caros ao setor econômico.

Por sua vez, no Direito Coletivo, uma forma eficiente de buscar o equilíbrio entre valor social do trabalho e valor social da livre-iniciativa (CF, art. 1º, inciso III) é respeitar a autonomia coletiva consagrada no art. 7º, XXVI, da

Constituição Federal nos termos fixados no Tema 1.046¹³ da Tabela de Repercussão Geral do STF a partir das molduras dos arts. 611-A e 611-B da CLT.

Embora a observância de precedentes obrigatórios, tal como o Tema 1.046, advenha de lei (CPC, art. 927, III), é certo que ainda existe no Judiciário Trabalhista muita resistência em relação ao reconhecimento da força normativa de algumas cláusulas coletivas, em especial por se entender que uma ou outra cláusula se revelou vantajosa aos empregados. Na maior parte das vezes, a referida percepção se baseia em lógica própria da relação individual de trabalho caracterizada pelo desnivelamento dos sujeitos contratuais (empregado e empregador) quanto à capacidade de firmar as condições de trabalho. Sucede que, na esfera coletiva, o pressuposto é outro – equivalência entre os sujeitos coletivos (entidades sindicais e empregador), pelo que a validade da norma coletiva não deve ser apreciada pela ótica do princípio da proteção, mas sim sob a perspectiva do princípio do englobamento em que a redução do patamar protetivo de um direito pode ser compensada pelo aumento em outro a partir de transações negociais recíprocas.

Além disso, as normas coletivas se traduzem em forma democrática e eficiente de regulação da relação empregatícia, pois representam, observadas as particularidades e realidades econômicas de cada contexto, a escolha legítima das condições laborais que devem vigorar durante determinado período pelos próprios atores diretamente interessados e envolvidos.

Por outro lado, a maior rigidez normativa da legislação estatal pode deixar de considerar algumas especificidades de determinada categoria, seja para o alcance de um patamar mais benéfico de determinado direito, seja para adaptação e redução do nível protetivo em tempos de crise, ajuste que, muitas vezes, se mostra relevante para o enfrentamento de desafios conjunturais. A legislação estatal, embora inegavelmente necessária para equilibrar juridicamente as relações individuais de trabalho, parece corresponder a um traje único que não considera tamanho e preferências de quem irá vesti-lo, tampouco ocasiões e clima em que a roupa precisará ser vestida. Em contraponto, as normas coletivas, em tese, são costuradas a partir da realidade específica vivenciada pelos sujeitos contratuais em cada contexto, abrangendo tanto cláusulas que possibilitam avanços quando o cenário econômico é favorável quanto ajustes necessários para o enfrentamento de dificuldades em períodos de crise. Tal flexibilidade não deve ser vista como uma porta para precarização das condições de trabalho, mas como uma possibi-

13. “São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuem limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.”

lidade de melhor ajuste aos diversos contextos (como o que ocorre em roupas feitas sob medida), inclusive, para preservação de postos de trabalho.

Outro efeito positivo é que a negociação direta de rotinas e condições de trabalho fortalece o diálogo entre empregados e empregadores com a possibilidade de construção de soluções equilibradas e benéficas para ambos os sujeitos contratuais.

A segurança e a previsibilidade do reconhecimento de negociações coletivas podem reduzir a pressão política de flexibilização dos direitos trabalhistas previstos em lei. Afinal, quando necessário, os atores coletivos interessados poderão se socorrer da possibilidade de transacionar coletivamente direitos trabalhistas de indisponibilidade relativa (CF, art. 7º, XXVI). A garantia de transação coletiva, pontualmente em determinadas categorias, teria, nessa linha de raciocínio, a aptidão de enfraquecer a pressão de flexibilização da legislação trabalhista estatal, deixando-a com reserva legal para os trabalhadores em geral não afetados por uma negociação coletiva específica. A insegurança judicial advinda do risco de serem consideradas inválidas negociações coletivas sobre direitos de indisponibilidade relativa pode, por outro lado, gerar uma pressão maior pela flexibilização da própria legislação trabalhista, circunstância que seria mais prejudicial à coletividade dos trabalhadores não apenas pelo contingente afetado (todos os trabalhadores, em comparação com trabalhadores de determinada categoria), mas também pelo impacto temporal mais duradouro (na medida em que, em princípio, as normas coletivas têm duração previamente limitada).

Por fim, considerada a dificuldade de reversão judicial das condições coletivas ajustadas nos moldes do Tema 1.046, o diálogo social estabelecido a partir da expectativa de confirmação das negociações coletivas parece também ter o efeito de reduzir o conflito judicial e de gerar isonomia, segurança jurídica e previsibilidade no âmbito de incidência da norma coletiva, circunstâncias que são caras aos empregados e empregadores.

Nesse sentir, a invalidade de normas coletivas deve se constituir exceção, conforme consagrado no princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (CLT, art. 8, § 3º), ficando reservada às negociações que não observaram as premissas estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal, por ocasião da construção do Tema 1.046 da Tabela de Repercussão Geral, notadamente a transação *in pejus* de direitos de indisponibilidade absoluta.¹⁴

14. No voto do Ministro Gilmar Mendes (ARE 1121633/GO), que resultou no referido Tema 1.046, a primeira diretriz apresentada se faz no sentido de que os acordos e convenções coletivas devem ser interpretados a partir do princípio da equivalência entre os negociantes, ou seja, de que as partes convenientes possuem capacidades negociais similares, ao contrário do que

A observância da *ratio decidendi* do Tema 1.046 é condição básica para que se alcance a almejada harmonia constitucional entre o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa (CF, art. 1º, III). A falta de aderência estrita de determinado caso às premissas fundamentais que determinaram o Tema 1.046 é causa de inequívoco desequilíbrio, desvirtuando a centralidade que o trabalho possui no projeto constitucional.

Nesse cenário, a Justiça do Trabalho deve ter muita cautela a validar negociações coletivas que, sob a justificativa de transacionar periféricamente o direito, acabam por esvaziar por completo a essência de um direito de disponibilidade absoluta.

Para ilustrar, são apresentados três exemplos.

Parece não aderir à racionalidade do Tema 1.046 a norma coletiva que estabeleça o pagamento mensal de 13º salário. Conquanto a data de pagamento do 13º salário encontra-se prevista em legislação infraconstitucional e a despeito, de início, não se vislumbrar prejuízo de imediato, o pagamento mensal do 13º salário (1/12) tem o potencial de esvaziar a sua finalidade e, pior, a possibilidade de, ao longo do tempo, ter o seu valor absorvido, ainda que o pagamento seja feito em rubrica separada, pelo valor de “salário de mercado”.¹⁵ Ora, o pagamento mensal do 13º salário reforça o orçamento ordinário do empregado, desnaturando sua finalidade de servir com um acréscimo remuneratório para o final do ano, época em que normalmente as despesas aumentam em razão das festividades e de possíveis viagens. De todo modo, o referido pagamento parece ter o potencial de ocasionar ao longo do tempo, a partir de negociações coletivas

ocorre nas relações individuais de trabalho em que o pressuposto é de desequilíbrio negocial entre empregado e empregador. A segunda diretriz se alicerça na interpretação de normas coletivas com base na teoria do conglobamento, segundo a qual a convenção e o acordo coletivos devem ser considerados em seu conjunto, pois fruto de concessões mútuas, cuja anulação não pode ser apenas parcial, sob pena de se desvirtuar todo o contexto, dinâmica e ajustes realizados em sua integralidade. Finalmente, a terceira diretriz se perfaz a partir do reconhecimento da validade das normas coletivas com base no princípio da adequação setorial negociada, em que as normas coletivas podem prevalecer sob o padrão estabelecido na legislação estatal quando foram mais benéficas aos trabalhadores ou, ainda que *in pejus* ao padrão estabelecido em legislação estatal, transacionem parcelas de indisponibilidade relativa, consideradas aquelas que não são de natureza constitucional, tampouco previstas em tratados internacionais e, se de natureza infraconstitucional, não assegurem garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores (anotação da CTPS, normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios etc.).

15. Faixa salarial que o mercado remunera determinado trabalhador, consideradas a função realizada, a qualificação e a região geográfica em que o trabalho é executado.

que não reajustem integralmente o salário nominal pelo índice inflacionário correto, a absorção de seu valor dentro do que o mercado pagaria para aquele empregado, consideradas suas qualificações profissionais, função exercida e a região em que o serviço é executado. Como cediço, o 13º salário é direito de indisponibilidade absoluta, pois previsto na Constituição Federal (CF, art. 7º, VIII), razão por que negociação coletiva nos termos apresentados não poderia ser validada a partir da *ratio decidendi* do Tema 1.046, uma vez que, a despeito de alterar condição infraconstitucional, esvazia por completo, ao longo do tempo, a essência do referido direito.

O mesmo ocorreria com cláusula coletiva que autorizaria o pagamento mensal de FGTS diretamente ao empregado. Embora possa se alegar que o valor estaria sendo concedido diretamente ao empregado sem as restrições de movimentação da conta vinculada prevista por lei, o que, para alguns, em um primeiro momento, poderia ser, inclusive, mais benéfico, é certo que o FGTS, direito constitucionalmente garantido (CF, art. 7º, III) e, portanto, de indisponibilidade absoluta, não deve se confundir com a retribuição mensalmente paga pelo empregador em razão do tempo colocado à disposição pelo empregado. Da mesma forma, com o passar do tempo, há real possibilidade de que o valor de FGTS, ainda que pago em rubrica própria, fosse absorvido ao valor do “salário de mercado” a partir de reajustes inferiores ao longo dos anos. Além da referida “incorporação”, o FGTS perderia seu caráter principal de servir de instrumento para mitigar os efeitos danosos do desemprego involuntário.

Igualmente não me parece possível, à luz do Tema 1.046, autorizar que os repousos semanais sejam gozados de forma concentrada e contínua em determinado período do mês, após mais de 7 dias de trabalho (OJ 410 da SBDI-I), por exemplo, na situação de serem gozados por 4 ou 5 dias contínuos, após 25 ou 26 dias de trabalho. Ora, o repouso semanal é direito de indisponibilidade absoluta, pois previsto não apenas na Constituição (CF, art. 7º, V), mas também na Convenção 14 da OIT (item 2.1 – Decreto 10.088/2019), sendo ainda de negociação proibida, conforme previsão no art. 611-B, inciso IX, da CLT. O repouso é semanal e não mensal. Assim, o fato de existir a concentração de todos os repousos devidos em um mês para gozo contínuo e ininterrupto desvirtua a finalidade do descanso para recuperação física e mental do trabalhador, não sendo possível a flexibilização do período de usufruto para além de uma semana de trabalho (OJ 410 da SBDI-I), sob pena de colocar em risco o próprio trabalhador e, em alguns casos, até terceiros.

Também entendo que não seja possível validar norma coletiva que enquadre especificamente determinado empregado em uma das hipóteses do art. 62 da CLT, sob pena de esvaziamento dos direitos à limitação de jornada e às horas extras, de indisponibilidade absoluta, por previsão expressa da Constituição (CF, art. 7º, XIII e XVI). Ora, a Constituição Federal permite a compensação de jornada via norma coletiva, mas jamais a falta de pagamento de horas extras caso seja realizado labor extraordinário não integralmente compensado. O enquadramento na hipótese do art. 62 da CLT depende exclusivamente das circunstâncias fáticas em que efetivamente o serviço é executado. A previsão abstrata de enquadramento de determinada função no art. 62 da CLT pode esvaziar por complemento os direitos previstos nos arts. 7º, XIII e XVI, da Constituição da República, caso os condicionantes fáticos não sejam encontrados na realidade efetivamente experimentada.

CONCLUSÃO

Este artigo tem o propósito de estabelecer algumas balizadas necessárias para harmonizar o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa em um mundo do trabalho em intensa transformação.

A Constituição da República de 1988, em diversas passagens, deixou clara a relação de simbiose que existe entre capital e trabalho. Nesse cenário, impõe-se a busca por soluções criativas que perservem a harmonia desses valores interdependentes e inter-relacionados, com vistas à proteção dos trabalhadores sob uma perspectiva que, transcendendo a relação microjurídica, alcance uma dimensão macrojurídica de certa coletividade laboral.

Com esse propósito, duas sugestões foram apresentadas.

A primeira é interpretar normas trabalhistas em uma relação individual de trabalho a partir do princípio da proteção que, na medida possível, considere também os efeitos práticos da decisão judicial (LINDB, art. 20).

Por sua vez, no plano coletivo, buscou defender a importância das balizas apresentadas na decisão que resultou o Tema 1.046 do STF, ressaltando que o reconhecimento da força normativa das convenções e acordos coletivos é importante para se equilibrar o valor social do trabalho e o valor social da livre-iniciativa, observando-se as particularidades de cada contexto em comparação à rigidez da lei.