

**CRÍTICA À CONCEPÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS DISPONÍVEIS NO
TEMA 1046 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
CRITICISM OF THE CONCEPTION OF LABOR RIGHTS AVAILABLE IN TOPIC
1046 OF THE FEDERAL COURT OF JUSTICE**

Rodrigo Goldschmidt¹
Elcemara A. Zielinski Cani²

RESUMO: Ocorreu o julgamento do Tema 1046, proveniente do RE com Agravo (ARE) 1.121.633, que admite que acordos e convenções coletivas de trabalho (ACTs e CCTs) possam suprimir direitos trabalhistas legalmente previstos. O Tema entra em conflito com alguns princípios do Direito do Trabalho e este artigo visa apontar as incompatibilidades com os princípios da Proteção, Vedação do Retrocesso Social, Progressividade e Interpretação em Favor do Homem. Os objetivos são: situar o Tema 1046 no contexto da reforma trabalhista; analisar fontes normativas e limites à negociação coletiva; mostrar a insuficiência do art. 611-B da CLT e do Tema 1046 delimitando o que são “direitos absolutamente indisponíveis” e; explicar a dispensa de vantagens compensatórias da renúncia de direitos trabalhistas no âmbito do Tema 1046. O método de abordagem é o dedutivo pois as conclusões são partes das premissas analisadas. O método de procedimento é o monográfico. As técnicas de pesquisa utilizadas são o fichamento e o conceito operacional, precedidas da revisão bibliográfica e documental. No campo dos resultados, há uma incoerência na Tese firmada no Tema 1046 que autoriza a redução de direitos trabalhistas disponíveis, independentemente da existência de vantagens compensatórias. O entendimento do STF deixa de lado importantes fontes jurídicas que impõe limites à exploração do trabalho pelos empregadores e viabiliza a implementação de precarização dos direitos trabalhistas, o que é incompatível com os princípios da Proteção, da Vedação de Retrocesso Social, da Progressividade e *Pro Homine*.

Palavras-chave: Tema 1046 do Supremo Tribunal Federal. princípios de Direito do Trabalho. renúncia de direitos trabalhistas. acordo e convenções coletivas de trabalho. flexibilização do Direito do Trabalho.

ABSTRACT: The trial of Theme 1046 took place, originating from RE with Appeal (ARE) 1,121,633, which admits that collective bargaining agreements and conventions (ACTs and CCTs) may suppress legally provided labor rights. The Theme conflicts with some principles of Labor Law and this paper aims to point out the incompatibilities with the principles of Protection, Prohibition of Social Regression, Progressiveness and Interpretation in Favor of Man. The objectives are: to situate Theme 1046 in the context of the labor reform; to analyze normative sources and limits to collective bargaining; to show the insufficiency of art. 611-B of the CLT and Theme 1046 delimiting what are “absolutely unavailable rights” and; to explain the non-requirement of compensatory advantages for the waiver of labor rights within the scope of Theme 1046. The method of approach is deductive, since the conclusions are parts of the premisses analyzed. The method of procedure is monographic. The research techniques used are the indexing and the operational concept, preceded by the bibliographic and documentary review. In the field of results, there is an inconsistency in the Thesis established in Theme 1046 that authorizes the reduction of available labor rights, regardless of the existence of compensatory advantages. The understanding of the STF leaves aside important legal sources that impose limits on the exploitation of labor by employers and enables the implementation of precariousness of labor rights, what is incompatible with the principles of Protection, Prohibition of Social Regression, Progressiveness and *Pro Homine*.

¹ Doutor em Direito. Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

² Doutoranda em Direito pela Unesc com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Universidade Regional de Blumenau (FURB). E-mail: elcemara.zie@gmail.com

Keywords: Topic 1046 of the Federal Supreme Court. Principles of labor law. waiver of labor rights. collective labor agreement and conventions. flexibility of Labor Law.

INTRODUÇÃO

Em 2 de junho de 2022, foi julgado o Recurso Extraordinário com Agravo (doravante “ARE”) 1.121.633 (Brasil, 2022), caso paradigma (*leading case*) do Tema 1046 do Supremo Tribunal Federal (Brasil, 2024a) (doravante “STF”). O caso tratou da validade da renúncia, em sede de norma coletiva, ao fornecimento de transporte e ao pagamento do percurso para o empregado. A *ratio decidendi*, construída no voto do Min. Gilmar Mendes, com a qual concordaram o Min. André Mendonça, o Min. Nunes Marques, o Min. Alexandre de Moraes, o Min. Luís Roberto Barroso, o Min. Dias Toffoli e a Min. Carmen Lúcia, parte da jurisprudência consolidada da Corte, a qual admite a validade de Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) ou Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) sobre redução de direitos trabalhistas, mas ressalva o entendimento para que seja aplicável tão somente aos direitos disponíveis (Brasil, 2024b). A Tese foi firmada nos seguintes termos: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis” (Brasil, 2024b).

A *ratio decidendi* do *leading case* e, de consequência, o Tema 1046 têm uma série de possíveis lacunas que podem ser objeto de investigação e crítica. Neste artigo, partindo-se do pressuposto da incompatibilidade do Tema com alguns princípios basilares do Direito do Trabalho, questiona-se: quais as possíveis incompatibilidades do Tema 1046 especificamente com os princípios da Proteção, da Vedação do Retrocesso Social, da Progressividade e *Pro Homine*? O objetivo geral é demonstrar as aparentes incompatibilidades do Tema 1046 do STF com os aludidos princípios de Direito do Trabalho. Os objetivos específicos são: (a) situar o Tema 1046 no contexto da reforma trabalhista; (b) analisar as fontes normativas e os limites à negociação coletiva; (c) mostrar a insuficiência do art. 611-B da Consolidação das Leis do Trabalho (doravante “CLT”) e do Tema 1046 do STF para delimitar o que são “direitos absolutamente indisponíveis”; e (d) explicar a incoerente dispensa de vantagens compensatórias da renúncia de direitos trabalhistas no âmbito do Tema 1046 do STF. O método de abordagem, tanto na investigação, quanto na elaboração do presente artigo, é o dedutivo: analisam-se os aspectos gerais relacionados ao tema, isto é, o contexto

de reforma trabalhista que ampliou a margem de negociação dos direitos entre empregadores e empregados, passando para as limitações às negociações até chegar ao julgamento do *leading case* do Tema 1046.

As conclusões estão dadas nas seções do artigo nas quais se delineiam os fundamentos e a problemática noção de “direitos absolutamente disponíveis” e as consequências dessa problemática, especialmente pela falta de definição que dificulta a distinção entre direitos que podem ser negociados e direitos que não podem ser negociados. A opção metodológica contribui para o desenvolvimento do texto, pois os argumentos ficam logicamente melhor ordenados com a construção de premissas e conclusões ao longo das seções. O método de procedimento é o monográfico. As técnicas de pesquisa utilizadas são o fichamento e o conceito operacional, precedidas de revisão bibliográfica e documental.

1. REFORMA TRABALHISTA E TEMA 1046 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os ideais liberais foram responsáveis por uma série de mudanças políticas desde o início da modernidade, a começar pela criação do Estado de Direito. Com as transformações havidas desde o século XVIII até o século XX, o pensamento liberal clássico se mostrou insuficiente. Dentre as causas da insuficiência está a não incorporação do “fenômeno da empresa, sua organização, suas formas jurídicas, a concentração de seus recursos, as novas formas de competição” (Dardot; Laval, 2016, p. 40). As respostas às insuficiências vieram de múltiplas direções, cada qual com propostas distintas para solucionar os problemas do velho liberalismo. Uma dessas respostas veio do chamado neoliberalismo, seja na corrente ordoliberal alemã, seja na austro-americana (Dardot; Laval, 2016, p. 33). O principal postulado do pensamento neoliberal é o fomento da concorrência entre todos em cada detalhe da vida (Dardot; Laval, 2016, p. 17), nisso se contrapondo frontalmente ao postulado do liberalismo clássico, o “*laissez faire* para a condução dos negócios governamentais” (Dardot; Laval, 2016, p. 68). É no contexto do neoliberalismo que se situam as mais recentes reformas trabalhistas ocidentais e, como corolário, o julgamento do Tema 1.046 do STF se encontra nesse caldo cultural.

A ampla concorrência exigida e incitada pelo capitalismo e pela lógica neoliberal não foi incutida na sociedade de forma orgânica, foi criada de maneira artificial por meio de mudanças legislativas e governamentais. Segundo Dardot e Laval (2016, p. 32), foram necessárias três transformações para a generalização da concorrência na Europa: “constituci-

onalização da concorrência e da regra de ouro orçamentária, federalismo executivo consagrado na supremacia do intergovernamental e a importância secundária dos direitos sociais.” Duas consequências principais dessas transformações são a retirada da iniciativa legislativa e de poderes de veto dos Paramentos, e, a independência dos órgãos supranacionais encarregados da promoção do “interesse geral” (Dardot; Laval, 2016, p. 32). Não por acaso, as reformas trabalhistas, a pretexto de uma ampliação da capacidade de negociação dos empregados com os empregadores, tendem a desaguar na precarização das relações de trabalho. Inseridas na implementação da lógica neoliberal por meio de mudanças legislativas, estão as reformas trabalhistas, as quais, quando alteradas para atender à livre concorrência, são um importante veículo de flexibilização e precarização (Goldschmidt, 2008, p. 145).

Embora a presença de reformas e mudanças legislativas de caráter neoliberal possam ser notadas em quase todos os países, a onda de reformas iniciou-se na Europa, que frequentemente serve de espelho político para o mundo, onde também se iniciou a constitucionalização da ordem neoliberal. Dardot e Laval (2016, p. 263-264) asseveram que o marco dos anos 2000 foi o início da onda reformista na Europa sob o “argumento do subemprego na Europa não deve mais servir para beneficiar gastos públicos e a criação de moeda. A segurança é o emprego de cada um, não o auxílio social”. Essa lógica produziu seus efeitos também no Brasil. Não porque a reforma da legislação trabalhista seja novidade. Como se sabe, os pleitos de flexibilização das relações de trabalho no Brasil existem há muitos anos, a começar pelas postulações de terceirização da mão de obra, não somente das atividades-meio, mas também das atividades-fim, as quais remontam, no país, à década de 1970. Inicialmente, a terceirização de mão de obra foi permitida apenas para trabalhadores temporários em atividades-meio, na hipótese do art. 4º da Lei 6.019/74. Contudo, o processo de industrialização nacional veio acompanhado de um aumento de demandas envolvendo a terceirização, sob os pretextos de “especialização dos serviços, melhoria dos processos produtivos, com ganhos de eficiência e competitividade” (Silva; Palmisciano, 2014, p. 258).

O pleito ganhou força na década de 1990, devido ao “movimento de abertura comercial e de desregulamentação dos contratos de trabalho” (Pochmann, 2014, p. 219), ao qual se somou “o baixo dinamismo econômico, com a contida geração de empregos e em meio à taxa de câmbio valorizada e às altas taxas de juros em termos reais” (Pochmann, 2014, p. 219). Mas só em 2011 foi editada a Súmula 331 do TST para fixar os critérios de licitude da

terceirização. As demandas se multiplicaram e outros setores passaram a reivindicar a licitude de terceirização, uns defendendo-a de maneira mais irrestrita que os outros. A efetivação do pleito se deu com a última reforma trabalhista brasileira que encampou diversos postulados centrais do neoliberalismo, dentre os quais está o pressuposto geral da concorrência: o discurso da liberdade.

De se notar que não se trata da liberdade, indubitavelmente existente, ainda que de maneira muito mais restrita e limitada do que pode parecer. O discurso da liberdade é utilizado para convencer e disseminar o empresariado de si (Dardot; Laval, 2016, p. 378). Com o discurso da liberdade, foi possível encetar na CLT dispositivos que retiram os limites da relação empregatícia. Sua máxima expressão é a prevalência do “negociado sobre o legislado”, o qual “representa a tentativa neoliberal de eliminar a proteção das normas fundamentais trabalhistas” (Severo, 2024). Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo entendem que a autonomia “não é fundamento para se negarem os parâmetros mínimos da proteção jurídica e social”, e, por isso, é utilizada para invocar normas coletivas que regulam restrições e supressões de direitos “sendo que, na maioria das vezes, conforme se verificam nos processos judiciais, mesmo as normas coletivas, restritivas de direitos, não são respeitadas” (Maior; Severo, 2017).

Erigido à condição de postulado central das negociações entre empregadores e empregados, tal preponderância vem, de forma recorrente, servindo de pretexto para a flexibilização e a precarização via renúncia a direitos trabalhistas sem quaisquer vantagens que a compense. O pressuposto geral desse postulado é a autonomia dos empregados, um conceito abstrato, poroso e amplamente criticado na filosofia, decorrente da centralidade do indivíduo na visão de mundo da modernidade (antropocentrismo) (Severo, 2024, p. 1). Diante da recorrente ausência de vantagens compensatórias, não raro, há situações em que a prevalência do negociado sobre o legislado afronta de maneira direta princípios caros ao Direito do Trabalho e ao Direito Constitucional. Trata-se dos princípios da Proteção e da Vedação de Retrocesso Social, respectivamente.

O princípio da Proteção, cunhado por Américo Plá Rodríguez (2000, p. 83) estabelece bases protetivas para os trabalhadores, assentadas em três pilares: norma mais favorável, condição mais benéfica e *in dubio pro operario*. Apesar da proposta bastante limitada, circunscrevendo a aplicação do *in dubio pro operario* à existência concomitante da “necessidade de uma **dúvida sobre o alcance da norma legal**” e da “manutenção da **compatibilidade com a vontade do legislador**” (Coutinho, 2001, p. 6) para sua apli-

cação, tal princípio não pode ser descartado. O princípio da Vedação de Retrocesso Social, por seu turno, é um construto dos direitos fundamentais que encontrou amparo no direito constitucional do período pós-guerras. A principal consequência desse princípio é a “vinculação do legislador às normas constitucionais de cunho programático e impositivo, assim como às normas definidoras de direitos sociais, notadamente, mas não exclusivamente, de caráter prestacional” (Sarlet, 2008, p. 3). Além disso, esse princípio está intimamente associado ao princípio da Progressividade (também conhecido como eficácia progressiva dos direitos sociais), estabelecido em matéria de direitos humanos, que, por sua vez, se relaciona com a reserva do possível, pois “todos os direitos precisam de uma estrutura básica que possibilite a sua fiscalização e implementação” (Leal, 2016, p. 151), razão pela qual “a progressividade é condicionada e limitada pela expressão ‘na medida no possível’, ou, simplesmente, pela ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt des Möglichen*), tal como foi denominada pela doutrina alemã algumas décadas atrás.” (Leal, 2016, p. 152).

Nota-se, portanto, que a questão não é simples. O confronto direto entre a prevalência do negociado sobre o legislado e os princípios da Proteção e da Vedação do Retrocesso subjaz ao julgamento do Tema 1.046 do STF. Dentre os precitados problemas produzidos por conta desse Tema, estão dois possíveis lapsos, não suficientemente explicados. Em primeiro plano: O que são direitos “absolutamente indisponíveis” para o STF? Em segundo plano: À luz dos princípios da Proteção e da Vedação do Retrocesso, seriam constitucionais ou legalmente válidas as negociações que pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias?

2. FONTES NORMATIVAS E LIMITES À NEGOCIAÇÃO

A relação entre as fontes normativas e as negociações, em matéria trabalhista, diz respeito, em última análise, à possibilidade de reconhecimento das negociações como fontes normativas, ou seja, do reconhecimento de cláusulas pactuadas entre empregados e empregadores. Tais cláusulas, previstas em acordos coletivos ou convenções coletivas de trabalho, contudo, não podem ser estipuladas de maneira livre. A expressão “fontes do direito” é polissêmica, de modo que pode se referir: (a) “à maneira de produzir as normas jurídicas” (sentido técnico-jurídico); (b) “ao fundamento da obrigatoriedade das normas e textos normativos” (sentido filosófico); (c) “aos fatos que determinam o surgimento das normas” (sentido sociológico); (d) “aos órgãos a partir dos quais são construídas as normas

e elaborados os textos normativos” (sentido político); e (e) aos textos normativos propriamente ditos: e.g., leis, medidas provisórias, súmula vinculante” (sentido material)³. Interessa nesta pesquisa principalmente o sentido material, a partir do qual são produzidas as normas-princípios e as normas-regras.

Um princípio é “aquilo que condiciona deontologicamente o todo da experiência jurídica e oferece legitimidade para a normatividade assim instituída”, ao passo que uma regra pressupõe a existência de “um princípio que a institui; não que para cada regra haja *um único princípio* instituidor, mas porque um princípio instituidor abarca várias regras.” (Streck, 2009, p. 537). Nesse sentido são entendidos os princípios aqui abordados. Os textos normativos constitucionais que tratam, direta ou indiretamente, do direito do trabalho são os arts. 1º, III e IV, 6º ao 11, 170, 193 e 205 da Constituição da República Federativa do Brasil (doravante “CRFB”), os quais se integram para limitar a liberdade contratual, bem como para balizar as políticas públicas voltadas ao trabalho. Essa limitação se dá em uma via de mão dupla, por um lado, “impondo a melhoria contínua das condições sociais dos trabalhadores”, e, por outro, criando para o Estado o dever de “não violar tais valores e direitos” e de “implementá-los e adotar as medidas necessárias para impedir que terceiros os violem”. A consequência desse conjunto de dispositivos é “o caráter cogente e, em grande parte, indisponível, das normas de proteção do trabalho, condicionando a livre iniciativa” (Wandelli, 2018, p. 587).

Portanto, esses limites constitucionais vedam negociações precarizantes, aqui entendidas como aquelas que violam os princípios da Proteção e da Vedação de Retrocesso Social. A interpretação dos limites da negociação coletiva à luz desses princípios decorre de sua complexa imbricação. O ponto de partida para as análises, em matéria trabalhista, deve ser o art. 7º, *caput*, da CRFB, porquanto a norma em questão abrange três diferentes expressões do princípio da Proteção: (a) “prevalência da norma mais favorável aos trabalhadores”; (b) “a cláusula de abertura do catálogo, vinculada ao [item] anterior”; e (c) “o princípio de melhoria progressiva da condição social dos trabalhadores e sua contrapartida de vedação de retrocesso” (Wandelli, 2018, p. 589).

Esse entendimento está em conformidade com o voto vencedor do Min. Joaquim Barbosa no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (doravante “ADI”) 639 do STF: “o rol de garantias do art. 7.º da Constituição não exaure a proteção aos direitos soci-

³ Cf. Abboud; Carnio; Oliveira, 2014, p. 237.

ais” (Brasil, 2005). Dito isso, impende destacar que o princípio da Proteção não é um princípio implícito, senão um princípio constitucional. A prevalência da norma mais favorável aos trabalhadores, um dos aspectos (também chamado de subprincípio) do princípio da Proteção, é fruto da interpretação da prescrição textual constante na parte final daquele dispositivo: “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Ao princípio da Proteção soma-se o princípio da Vedação de Retrocesso Social, cuja função é de evitar que sejam rebaixados “os níveis sociais já alcançados e protegidos pela ordem jurídica, seja por meio de normas supervenientes, seja por intermédio de interpretação restritiva” (Muradas, 2011, p. 595).

Esse princípio tem duas facetas, primeira, “quanto aos resultados fáticos das políticas públicas (regressividade de resultados), em que se coteja a piora/melhora quanto a indicadores empíricos”, e, segunda, “quanto às próprias previsões normativas, em que se cotejam os níveis de proteção assegurados nas normas (regressividade normativa)” (Wandelli, 2018, p. 590). Essas duas facetas correspondem aos seus conteúdos positivo e negativo. O conteúdo positivo consiste no “dever de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais”. Já o conteúdo negativo impõe ao legislador, na produção legislativa, o dever de “respeitar a não supressão ou a não redução, pelo menos do modo desproporcional ou irrazoável, do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional” (Fileti, 2009, p. 176-177). Apesar de ter existido discussão sobre a fonte desse princípio (constitucional ou não, explícita ou implícita⁴), o STF reconheceu o fundamento constitucional no julgamento do Agravo Regimental (doravante “AgRg”) no ARE 369.337:

A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1.º, III, e art. 3.º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A

⁴ Cf. Fileti, 2009, p. 178.

PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados (Brasil, 2011).

Como se nota nos argumentos utilizados pelos ministros do STF, não se trata de princípio implícito. Por um lado, a melhoria das condições sociais, estabelecida no *caput* do art. 7º da CRFB, impõe uma vedação de retrocesso. Por outro, as condições prestacionais estão explicitadas no texto, o que cria um dever positivo, de implementá-las, bem como um dever negativo, de não se omitir de fazê-lo. Além disso, como aponta Ingo Sarlet, nem todos os chamados direitos fundamentais sociais são direitos prestacionais. O rol dos direitos previstos nos art. 7º a 11 da CRFB contempla tanto direitos a prestação, quanto direitos de defesa (Sarlet, 2001, p. 18 e 20). Ademais, no plano internacional, tem-se o princípio da Progressividade dos Direitos Humanos (dever estatal), o qual não pode ser interpretado de maneira isolada, em matéria trabalhista, dos princípios da Proteção e da Vedação de Retrocesso Social. O princípio da Progressividade informa os direitos sociais para “sempre avançar em busca da igualdade substancial” sem “retroceder” (Camino, 2013, p. 35).

Esse princípio tem assento no art. 2º, nº 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aceito em 16 de dezembro de 1966 pela Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. O Pacto foi promulgado por meio do Decreto 591, de 6 de julho de 1992 e definiu o comprometimento do Estado em adotar o máximo de recursos disponíveis para assegurar, progressivamente, o exercício de direitos presentes no pacto. A principal consequência dessa disposição internacional é a determinação de observância das condições mínimas de trabalho, previstas no plano internacional, para os trabalhadores nacionais. “A reserva implícita ao retrocesso no

tocante à proteção ao trabalho deriva, portanto, em primeiro plano, deste importante conjunto normativo internacional” (Reis, 2010, p. 126).

O motivo para a inserção dessas condições no quadro geral da pessoa humana é o reconhecimento do trabalho como dimensão relevante da dignidade humana a reclamar “uma tutela vigorosa”, bem como exigir, no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais, “uma realização sempre progressiva, razão pela qual acerca destes direitos não se pode admitir o retrocesso” (Reis, 2010, p. 126). Por isso, a formulação de diplomas internacionais pela OIT visa uma “densificação normativa do princípio da justiça social, estabelecendo padrões de trabalho compatíveis com a excelência humana, atuando [...] como especificação dos preceitos pertinentes aos direitos humanos de caráter econômico e social” (Reis, 2010, p. 127).

Conforme explicação de Carmen Camino (2013, p. 36), a progressividade se expressa num “manancial de normas de compensação e de proteção, que hoje exorbitam, num processo irreversível, das relações entre capital e trabalho e impregnam todas as áreas das relações econômicas, com atribuição de função social”. Isso se expressa na imposição da função social como limite aos contratos em geral (art. 421 do Código Civil). As articulações entre os princípios da Proteção e da Progressividade, foram explicadas por Leonardo Wandelli (2018, p. 591):

O dever de progressividade e vedação de retrocesso se articula com o aspecto intertemporal do princípio da norma mais favorável. Somente se incorporam ao direito interno as normas internacionais ratificadas que propiciarem maior proteção aos trabalhadores que o direito nacional, ao passo que em nada obstam a adoção interna de medidas mais protetivas (Reis, 2010).

Por fim, o princípio da Proteção pode ser maximizado pelo princípio da Primazia da Norma Mais Favorável ou princípio *Pro Homine*, do direito internacional. De acordo com esse princípio, aplicam-se aos seres humanos as normas mais favoráveis, independentemente da hierarquia entre essas normas:

Com respeito aos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, há muito se discute acerca de uma irrelevância da posição hierárquica dos diplomas e disposições consagradoras de direitos humanos, haja vista ser o princípio *pro homine* o critério de determinação da norma aplicável. Por incidência deste princípio, cria-se a obrigação do Estado aplicar a norma mais favorável à pessoa humana e “*que amplíe los derechos del destinatário*” (Reis, 2010, p. 141).

Oportuno esclarecer que não se trata somente de proposição doutrinária, mas de determinação expressa constante em recentes tratados internacionais sobre direitos humanos, chamadas de “‘cláusulas de diálogo’ ou ‘cláusulas dialógicas’ (v.g., art. 29, alínea b, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)”. Tais cláusulas “fazem operar entre a ordem internacional e a interna um ‘diálogo’ tendente a proteger *sempre mais* o indivíduo” (Mazzuoli, 2015. p. 302-303).

Portanto, a aplicação do princípio *Pro Homine* é obrigatória na interpretação de “todos os tratados de direitos humanos, sem o qual o resultado da aplicação de uma norma internacional de proteção (em detrimento de outra, internacional ou interna) pode restar indesejável, por ser *menos protetora*” (Mazzuoli, 2015. p. 303). São esses os principais limites à negociação, os quais são tomados como parâmetros para discussão acerca da disponibilidade dos direitos, referida no Tema 1046 do STF.

3. DIREITOS ABSOLUTAMENTE INDISPONÍVEIS: insuficiência do art. 611-b da CLT e do Tema 1046 do STF

Para a análise do que se entende por direitos absolutamente indisponíveis é imprescindível recorrer às implicações mútuas dos princípios da Proteção, da Progressividade, da Vedação de Retrocesso e *Pro Homine*. Como ficou pontuado no item anterior, o princípio da Proteção foi reforçado pelo princípio constitucional da Vedação de Retrocesso Social e pelos princípios internacionais da Progressividade e *Pro Homine*. Em última análise, trata-se do reconhecimento, no plano internacional, da aplicação da norma mais favorável aos seres humanos, em qualquer matéria jurídica, ao mesmo tempo em que se proíbe o retrocesso, direto ou indireto, dos patamares protetivos reconhecidos nessas normas. Existem três hipóteses, no âmbito nacional, em que a norma mais favorável pode ceder, conforme reconhece Leonardo Wandelli (2018, p. 589): (a) diante da existência de normas constitucionais proibitivas, ou seja, “quando a própria norma constitucional ou legal hierarquicamente superior fixar um padrão impositivo inderrogável (máximo e mínimo) por razões de ordem pública”; (b) diante da existência de normas constitucionais autorizadoras que “estabelece[m] a possibilidade de transigência por meio de negociação coletiva (art. 7.º, VI e XIV)”; e (c) diante do “caráter sistemático da ordem jurídica e a razoabilidade dos critérios de interpretação”.

Os limites hierárquicos das normas são os menos problemáticos para resolução no plano interno. A Constituição prevalece sobre as demais normas. A hierarquia de emendas constitucionais foi expressamente reconhecida aos tratados sobre direitos humanos aprovados com a mesma solenidade das Emendas à Constituição na Emenda Constitucional 45/2004 (art. 5º, § 3º, da CRFB). Uma das primeiras questões levantadas em relação a esse dispositivo constitucional foi o *status* dos tratados sobre direitos humanos aprovados antes da alteração constitucional e/ou aprovados sem o *quorum* qualificado das emendas constitucionais.

Ao se debruçar sobre o Tema, o STF decidiu, no Recurso Extraordinário (doravante “RE”) 466.343, que esses tratados têm hierarquia supralegal. As autorizações para transigir, previstas nos incisos VI e XIV do art. 7º da CRFB, devem ser restritas a essas hipóteses e, em qualquer caso, não podem extrapolar os limites previstos no *caput* do dispositivo. Portanto, para que sejam válidas, as reduções salariais e de jornada só podem existir concomitantemente, de modo que a redução salarial deve ser proporcional à redução da jornada e, em nenhuma hipótese, ficar aquém do valor do salário-mínimo. Qualquer outra interpretação seria incongruente com a previsão da parte final do *caput* do art. 7º. Quanto ao caráter sistemático das normas, destaca-se a relevante divergência doutrinária acerca do melhor critério para identificação da norma mais favorável: (a) critério da aglutinação “pelo qual cada disposição se deve pinçar, nas normas em comparação, aquela mais favorável, o que gera uma clara fragmentação e assistemática dos institutos”; (b) critério do conglobamento, o qual faz com que se apliquem disposições referentes aos mesmos textos normativos; e (c) critério do conglobamento setorizado, o qual “compara os dois conjuntos normativos em relação à mesma matéria tratada”, que foi “incorporado à Lei 7.064/82, relativa à aplicação da norma mais favorável ao trabalhador brasileiro contratado ou transferido para serviços no exterior” (Wandelli, 2018, p. 589).

O primeiro critério é recusado pela maioria dos juristas, sobretudo porque não se trataria de um critério de interpretação, senão de um critério de produção de fontes normativas. Desse modo, prevalece o segundo critério, do conglobamento. Contudo, uma rígida aplicação do critério do conglobamento pode produzir incoerências, como, por exemplo, diante da ausência de um direito em um texto normativo e a presença de outro direito, sem equivalente, em outro. Daí a relevância do questionamento de Wandelli (2018, p. 589): “O que seria mais benéfico, um plano de saúde ou participação em resultados?” Situações como essa justificaram a propositura do terceiro critério, do conglobamento setorizado, para

buscar, nos distintos diplomas, os direitos mínimos, sem cair na contraditória posição de aglutinar somente as disposições benéficas aos trabalhadores em distintas fontes normativas. Tudo isso, obviamente, diz respeito tão somente a uma interpretação das normas nacionais. Em âmbito internacional, os princípios da Progressividade e *Pro Homine* estabelecem uma modificação substancial no tratamento da matéria. Isso porque a principal consequência do princípio *Pro Homine* é a extinção dos conflitos normativos relacionados em matéria de hierarquia de normas, na medida em que “não se pode conceber a existência de conflitos normativos na seara dos direitos humanos, pois os ordenamentos nacional e internacional atuam de maneira concorrente, complementar e cumulativa” (Reis, 2010, p. 143).

Ou seja, não se sustenta a postulação da primeira hipótese em que a norma mais favorável cederia para que seja aplicada outra menos favorável. Independentemente da hierarquia, prevalece sempre a norma mais favorável, em nome do princípio *Pro Homine*. Não se trata da criação de uma terceira lei, mas da aplicação de autorização expressa em tratados para a integração das normas mais favoráveis. Para que a maximização do princípio da Proteção ocorra, portanto, não se deve buscar a norma mais favorável aplicável ao caso somente dentre as normas de mesma hierarquia ou mesmo dentre as normas nacionais, senão entre todas as normas disponíveis (Delgado, 2023, p. 214-216). Nesse aspecto, assim, deve ser considerada contrária aos diplomas internacionais (inconveniência⁵) a redação atualizada do art. 620 da CLT, segundo a qual os acordos coletivos de trabalho sempre prevalecem sobre as convenções coletivas de trabalho pela sua especialidade.

Também o princípio *Pro Homine* é intimamente relacionado ao princípio da Vedação de Retrocesso, de modo que não somente devem ser aplicadas as normas mais favoráveis aos seres humanos, como essas normas não podem retroceder. Isso se deve à função protetiva dos direitos humanos, cujas normas “devem assegurar *sempre mais* direitos às pessoas” (Mazzuoli, 2015, p. 303). Por isso, não se pode ignorar a parte final do *caput* do art. 7º da CRFB, uma vez que tal previsão deixa claro que os direitos previstos nas disposições do art. 7º são “direitos mínimos (aqueles ali explicitados e *outros...*), logo, insuscetíveis de redução ou supressão” (Camino, 2013, p. 36). Como consequência da superação da hierarquia das normas, supera-se também à segunda e à terceira hipóteses em que a norma mais favorável cederia. Pode-se, com fundamento nos princípios internacionais, por

⁵ Cf. Mazzuoli, 2011, p. 165.

consequente, postular o uso do critério da aglutinação sem cair em contradições ou lacunas normativas em tal interpretação. Aplica-se sempre a norma mais protetiva dos seres humanos, em conformidade com as previsões internacionais (e também pela literalidade do *caput* do art. 7º da CRFB).

Certamente, a introdução do critério da aglutinação torna extremamente mais complexa a tarefa do intérprete que deve, a partir de então, fazer um levantamento completo das normas possivelmente incidentes em um caso concreto para, em seguida, definir as normas mais favoráveis ao trabalhador aplicáveis, independentemente do diploma normativo.

Essa aplicação é também encampada pelo reconhecimento de direitos “mínimos”, previstos no art. 7º, *caput*, da CRFB, os quais são “absolutamente indisponíveis”, uma vez que seria uma contradição lógica afirmar que a disposição constitucional da melhoria progressiva autoriza a renúncia ou supressão do mínimo. Mas, ainda que assim não se entenda, no caso de dúvida quanto à “absoluta” indisponibilidade de um direito, essa dúvida deve ser resolvida a favor do empregado (*in dubio pro operario*)⁶. Como exemplos dessa situação, pode-se mencionar três disposições da CLT que otimizam a vedação de retrocesso do mínimo e a imposição de melhoria progressiva: (a) a previsão de nulidade dos atos “com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação” (art. 9º da CLT); (b) a previsão de nulidade das alterações nos contratos individuais que “resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado”, mesmo que consentidas pelo empregado (art. 468 da CLT); e (c) o rol de matérias ilícitas para a pactuação em convenções coletivas e acordos coletivos que visem reduzir ou abolir os direitos elencados (art. 611-B da CLT).

Por um lado, as prescrições de nulidades reforçam o disposto no *caput* do art. 7º da CRFB e protegem os trabalhadores contra a retirada arbitrária de direitos, e, por outro, o rol de matérias ilícitas estabelece um mínimo de direitos que não podem ser suprimidos ou reduzidos. Em última instância, o conjunto normativo em tela dá efetividade aos princípios da Progressividade e da Vedação de Retrocesso Social. Contudo, nem o rol do art. 7º da CRFB, nem o rol do art. 611-B da CLT encerram os direitos trabalhistas entendidos como “indisponíveis”. A necessidade de novos direitos trabalhistas, especialmente para tratar das relações intermediadas por algoritmos e plataformas digitais, é matéria alheia ao Tema

⁶ Cf. Plá Rodriguez, 2000, p. 107.

1046. O dever de melhoria das condições de vida dos seres humanos não é compatível com limitações a pretexto da existência de direitos “disponíveis”. Exemplo disso é a inclusão da proteção de dados no rol de direitos fundamentais do art. 5º da CRFB, por meio da Emenda Constitucional 115, com aplicação direta e imediata nas relações de trabalho, nada obstante a inexistência de tal previsão no art. 7º da CRFB e na CLT. Daí porque o art. 611-B da CLT “projeta o princípio da adequação setorial negociada” para “estabelecer limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista, proibindo a supressão ou a redução dos direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta ali elencados” (Delgado; Delgado, 2017, p. 269).

Esse princípio, proposto por Maurício Godinho Delgado, estipula “os critérios de harmonização entre as normas jurídicas oriundas da negociação coletiva (através da consumação do princípio de sua criatividade jurídica) e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma estatal” (Delgado, 2011, p. 64). Contudo, o parágrafo único do art. 611-B da CLT “promove alargamento extremado dos poderes da negociação coletiva trabalhista, em particular no que toca à sua nova prerrogativa de deteriorar as condições contratuais e ambientais de trabalho” (Delgado; Delgado, 2017, p. 270). Eis o problema fundamental da disposição legal, a qual somada à Tese firmada no Tema 1046 do STF é insuficiente ou incompleta para que se possa definir com precisão o que se entende por direitos “absolutamente indisponíveis”. Diante dessa insuficiência/incompletude da Tese, podem não ser raras as situações de dúvida e, de consequência, de insegurança jurídica. Diante disso, entende-se que tais dúvidas, verificadas em cada caso, devem ser interpretadas sempre da maneira mais benéfica aos trabalhadores por força do conjunto normativo formado pelos princípios da Proteção, da Vedação de Retrocesso, da Progressividade e *Pro Homine*.

4. O TEMA 1046 DO STF E A DESNECESSIDADE DE VANTAGENS COMPENSATÓRIAS EM CASO DE CLÁUSULAS QUE PACTUAM LIMITAÇÕES OU AFASTAMENTOS DE DIREITOS TRABALHISTAS: como assim?

A construção precedente prepara a discussão sobre a insuficiência do Tema 1046 do STF. A questão constitucional levantada pelas partes no ARE 1.121.633, *leading case* do Tema 1046, foi a validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não previsto na Constituição. Naquele caso, a empregadora alegou violação aos incisos XIII e XXVI do art. 7º da CRFB diante do não reconhecimento das normas coletivas. Ao apreciar o caso, o STF entendeu que a limitação constitucional é aplicável apenas aos direitos trabalhistas “absolutamente indisponíveis”, havendo ou não vantagens com-

pensatórias dos direitos renunciados. Contudo, o STF não apresentou um critério para diferenciar o que chamou de direitos trabalhistas de “absolutamente indisponíveis” de todos os outros direitos trabalhistas, como visto no tópico anterior. Em razão da imprecisão, muitas partes pediram a aplicação do Tema 1046 aos seus casos mesmo antes da publicação do acórdão do *leading case*.

O Tema desempenha a função de problema/pergunta de pesquisa a ser respondido pelo STF. A resposta é dada na Tese fixada no julgamento. Há, então, sempre uma relação de continente (Tema) e conteúdo (Tese). O inteiro teor do Tema é “Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente.” Portanto, a partir do Tema é possível perceber que os direitos que supostamente não integram a categoria de “absolutamente indisponíveis” são: (a) direitos não previstos na CRFB; e (b) direitos previstos na CRFB sem vedação de supressão ou restrição. Diz-se “supostamente” porque essa interpretação, a um só tempo, exclui os direitos previstos em normas internacionais e inferiorizaria os direitos previstos na Constituição. A consequência desse entendimento é a exclusão dos princípios da Progressividade e *Pro Homine*, a partir de uma leitura exclusiva do direito interno. Ou seja, essa leitura ignora a melhoria progressiva, prevista na parte final do *caput* do art. 7º da CRFB.

Essa interpretação é, conforme advertido por Eduardo Russo Ramos e Anderson Sameliki Dionisio (2016, p. 94-95), fruto do falacioso discurso da valorização da negociação coletiva, uma vez que a negociação já está positivada no ordenamento jurídico nacional, inclusive nos incisos VI, XIII e XXVI do art. 7º da CRFB, os quais deixam “nítida a força e o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho, permitindo, por exemplo, que a negociação ataque a irredutibilidade salarial, instituto básico das garantias sociais dos trabalhadores.” O Tema esbarraria, portanto, no princípio constitucional da Vedação de Retrocesso Social e no princípio internacional da Progressividade, ocasionando dois problemas graves. Primeiro, esvazia indevida e descabidamente os princípios da Proteção e *Pro Homine*. Segundo, sinaliza uma linha precarizante das relações de trabalho, aparentemente incompatível com as normas internas e internacionais em matéria trabalhista. Contudo, esses problemas não passaram despercebidos para alguns ministros que debateram a definição dos “direitos absolutamente indisponíveis” para orientar a aplicação do precedente por todos os Tribunais do país:

O Senhor Ministro Gilmar Mendes: [...] Isso conduz ao principal ponto desse princípio [vedação de retrocesso social]: a definição dos direitos

absolutamente indisponíveis. Em regra, as cláusulas de convenção ou acordo coletivo não podem ferir um patamar civilizatório mínimo, composto, em linhas gerais, (i) pelas normas constitucionais, (ii) pelas normas de tratados e convenções internacionais incorporadas ao Direito Brasileiro e (iii) pelas normas que, mesmo infraconstitucionais, asseguram garantias mínimas de cidadania aos trabalhadores. [...] A jurisprudência do TST tem considerado que, estando determinado direito plenamente assegurado por norma imperativa estatal (Constituição, Leis Federais, Tratados e Convenções Internacionais ratificados), tal norma não poderá ser suprimida ou restringida pela negociação coletiva trabalhista, a menos que haja autorização legal ou constitucional expressa. Portanto, são excepcionais as hipóteses em que acordo ou convenção coletivos de trabalho podem reduzir garantias previstas no padrão geral heterônomo justralhista. Isso ocorre somente nos casos em que a lei ou a própria Constituição Federal expressamente autoriza a restrição ou supressão do direito do trabalhador. É o que se vislumbra, por exemplo, na redação dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7.º da Constituição Federal de 1988, os quais estabelecem que são passíveis de restrição, por convenção ou acordo coletivo, questões relacionadas a redutibilidade salarial, duração, compensação e jornada de trabalho [...] Portanto, em relação a essas matérias, disposições de acordo ou convenção coletiva de trabalho podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justralhista, mesmo que isso importe em redução de direitos do trabalho. Assim, ainda que de forma não exaustiva, entendo que a jurisprudência do próprio TST e do STF considera possível dispor, em acordo ou convenção coletiva, ainda que de forma contrária a lei sobre aspectos relacionados a: (i) remuneração (redutibilidade de salários, prêmios, gratificações, adicionais, férias) e (ii) jornada (compensações de jornadas de trabalho, turnos ininterruptos de revezamento, horas *in itinere* e jornadas superiores ao limite de 10 horas diárias, excepcionalmente nos padrões de escala doze por trinta e seis ou semana espanhola). Por outro lado, é entendimento assente do TST que as regras de intervalos intrajornadas, bem como as que estabelecem o limite legal de 5 (cinco) minutos que antecedem e sucedem a jornada de trabalho, não podem ser suprimidas ou alteradas por convenções coletivas.

O Senhor Ministro Nunes Marques: [...] tenho a compreensão de que, no campo negocial coletivo, há direitos que podem ser entendidos como disponíveis. E existem, ainda, os direitos que são constitucionalmente a base de um mínimo existencial digno para o ser humano. Esses últimos caracterizam-se como indisponíveis, de modo que não estão livres para eventual supressão por negociação coletiva. Na linha do consignado pelo ministro Roberto Barroso (RE 590.415, julgamento em 30 de abril de 2015), também entendo que as negociações coletivas ‘podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo, mesmo que sejam restritivas dos direitos dos trabalhadores, desde que não transacionem setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade absoluta’.

O Senhor Ministro Alexandre de Moraes: [...] com o escopo de esclarecer a celeuma que vigorava entre o que seria direito disponível e indisponível, a reforma trabalhista inseriu o art. 611-B da CLT, que elencou um rol de direitos insuscetíveis de negociação:

A Senhora Ministra Rosa Weber: [...] com a devida vênia do entendimento do relator, é fundamental não apenas que esse espaço negocial seja delimitado pelos direitos de indisponibilidade absoluta (assim entendidos os direitos sociais decorrentes de compromissos internacionais do Estado Brasileiro, na forma do

art. 5.º, § 2.º, da Constituição de 1988, os direitos sociais constitucionais conformados pelo desenho essencial contido na legislação infraconstitucional) **como também que o seja a partir da delimitação do papel do sindicato na negociação coletiva de transacionar mediante concessões recíprocas, e não renunciar a direitos já consolidados.** [...] Em suma, nos termos do art. 7.º, *caput*, da Constituição Federal, as balizas para a interpretação do complexo entrelaçamento, no âmbito da relação de emprego entre os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais coletivos à representatividade sindical e à negociação coletiva, materializados no reconhecimento dos acordos e convenções coletivos previsto no seu art. 7.º, **XXVI**, regem-se pelo princípio *favor laboratoris*, segundo o qual aplica-se a norma mais favorável ao trabalhador, admitida a adequação setorial apenas nas hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição Federal (art. 7.º, VI, XIII, XIV), e desde que presente a transação, vale dizer, concessões recíprocas, e não a mera renúncia de direitos, e que indicadas as contrapartidas em observância à transparência essencial ao processo de negociação coletiva, dado sua produção de efeitos sobre todos os integrantes das categorias econômicas e profissionais envolvidas, e não apenas os a elas filiados (Brasil, 2022).

Note-se que mesmo no plano constitucional, a negociação ou transação pressupõe a existência de concessões mútuas, ou seja, que a validade de uma renúncia ou supressão de direito trabalhista decorre da existência de vantagens compensatórias às concessões feitas por alguma das partes. Vigoram os princípios da Proteção e da Vedação do Retrocesso, segundo os quais o trabalhador não pode ter direitos suprimidos, retroagindo em suas conquistas jurídicas (arts. 9º e 468 da CLT e art. 7º da CRFB). Assim entendeu o Tribunal Superior do Trabalho ao julgar o Recurso de Revista 0000866-90.2017.5.10.0007 (Brasil, 2023), após o julgamento do *leading case* do Tema 1046 do STF. Portanto, ainda que se admitisse algum espectro de flexibilização (condicional ou incondicional⁷), à luz da mais elementar noção de negociação/transação, o empregado, ao ceder algum direito legalmente previsto, teria de receber, necessariamente uma vantagem compensatória.

Veja-se que a própria lei pressupõe, por vezes, a garantia de uma determinada compensação/vantagem ao empregado em sede de negociação coletiva, já como forma de adredemente protegê-lo justamente contra a transação precarizante/predatória. Isso é elementar, mas, na tentativa de criar um verbete sumular facilmente aplicável, nada foi inserido na Tese firmada no Tema 1046 do STF. O fato de o STF não ter definido na Tese os direitos “absolutamente indisponíveis” tem ensejado pleitos de aplicação do Tema desde

⁷ Cf. Goldschmidt, 2008, p. 147-148.

antes da publicação do acórdão do *leading case*, apesar de ministras e ministros terem debatido a definição⁸.

A fim de proteger os trabalhadores, os legisladores constituintes estabeleceram, no art. 7º, XII, da CRFB, a necessidade de acordo ou convenção coletiva para pactuar redução ou compensação de jornada de trabalho, justamente para que, a categoria profissional, ao conceder a possibilidade de compensação, pudesse auferir uma vantagem compensatória.

A exigência de vantagem compensatória também está prevista no § 3.º do art. 611-A da CLT para condicionar os acordos ou convenções coletivas sobre a redução de salário ou de jornada. Note-se, consoante a norma supra, acaso haja acordo ou convenção coletiva de trabalho prevendo redução de salário ou de jornada de trabalho, o empregado deve, necessariamente, ser compensado com medidas que lhe protejam contra a dispensa imotivada durante o período de vigência do instrumento coletivo. Então, se a própria lei, na proteção do empregado (princípios da Proteção e *Pro Homine*), prevê compensações ou vantagens em negociações nas quais esse empregado abre mão de algum direito (salário ou jornada), porque o STF, no Tema 1046, dispensaria tal garantia? Será que essa linha de interpretação protege os direitos sociais, em especial observando os princípios da Proteção e da Vedação do Retrocesso? Pensa-se que não.

Nessa linha, o Tema 1046 do STF, nos termos em que estão redigidos o Tema e a Tese, induz à conclusão de que se permite a pactuação de redução ou supressão de direito, sem “nada em troca”, sem “vantagens compensatórias”, acentuando a desproteção dos direitos sociais, abrindo as portas para uma possível precarização dos direitos sociais trabalhistas, em desacordo, pensa-se, com a Constituição, que proclama um Estado Social e Democrático de Direito, protege o homem trabalhador e sua dignidade, valoriza do trabalho humano e ordena que a Ordem Econômica (art. 170 da CRFB) garanta a todos “existência digna”. Também fica esquecida na discussão e na redação do Tema 1046 a condição fundamental das relações entre capital e trabalho: “Capital e trabalho não negociam, travam embates para fixar limites a essa troca objetivamente desigual. E nesse embate, o trabalho está em desvantagem, razão da necessidade de organização coletiva” (Severo, 2024, p. 1-2).

⁸ Em busca na ferramenta de pesquisa de jurisprudência do TST foram encontrados pedidos de aplicação do Tema 1046 nos seguintes casos: Embargos de Declaração (doravante “ED”) no AgRg no ARE 1.153.229, no AgRg no ARE 1.388.041, no AgRg no ARE 1.400.521, nos ED no AgRg no ARE 1.321.063 e no AgRg nos ED nos Embargos de Divergência no AgRg no ARE 1.195.579.

Se não há negociação entre capital e trabalho, mas luta, emerge uma aporia na pretensa tentativa de valorização do trabalho por meio de acordos e convenções coletivas. Ao invés de reconhecer tal autonomia, bastaria “reconhecer (de verdade) ultratividade às normas mais benéficas, incorporando-as aos contratos de trabalho. Mas é aí que a ideologia da autonomia moderna entra em ação” (Severo, 2024, p. 2). Valdete Souto Severo entende que se trata de uma anestesia ideológica, caracterizada sobretudo quando os trabalhadores são representados por sindicatos (Severo, 2024, p. 2). Isso tudo faz cair por terra o mito da autonomia privada em matéria de negociação de direitos trabalhistas. Daí o necessário retorno ao princípio, ou, melhor, aos princípios: da Proteção, da Vedação de Retrocesso Social, da Progressividade e *Pro Homine*.

Recorrendo-se a esses princípios, pode-se buscar a norma mais favorável, evitando retrocessos. Isso tudo permitiu a propositura do princípio da adequação setorial negociada por Maurício Godinho Delgado “o **princípio da adequação setorial negociada** leva em consideração as particularidades da negociação, da categoria, do segmento de atividade e até do empreendimento, permitindo a **customização da norma**” (Faria, 2020, p. 211). Reconhecendo a existência de dois polos nas relações de trabalho, “de um lado, o trabalho subordinado, o que nos leva ao poder diretivo; e, de outro, o salário, que é a sua moeda de troca”, forçoso o reconhecimento da aplicação da adequação setorial, pressupondo os princípios da Proteção, da Vedação de Retrocesso Social, da Progressividade e *Pro Homine* para, em todos os casos, aplicar sempre a norma mais favorável aos seres humanos em detrimento das normas que pactuam reduções ou supressões de direitos, seja por presumida falta de autonomia dos empregados, seja por provocarem retrocesso das condições sociais dos trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As incompatibilidades encontradas entre o Tema 1046 e os princípios da Proteção e da Vedação do Retrocesso Social consistem em uma miríade de normas ignoradas na formulação da Tese que respondeu à questão formulada no Tema. Em primeiro plano, o assento constitucional da norma mais favorável aos trabalhadores (art. 7º da CRFB). Em segundo plano, a incompatibilidade da retirada de direitos com a sistemática normativa da Constituição (art. 60, § 4.º, IV, da CRFB). Em terceiro plano, dos tratados internacionais que reconhecem os princípios da Progressividade e *Pro Homine*. Em quarto plano, da impossibilidade de autonomia dos trabalhadores diante das imperiosas necessidades de so-

brevivência e da imanente luta entre poder diretivo e salário, por outro. Em quinto e último plano, o entendimento de que se dispensa a necessidade de vantagens compensatórias para as renúncias a direitos trabalhistas, ignorando que o salário é moeda de troca do trabalho e, portanto, não pode ser considerada válida qualquer renúncia que reduza o salário ao mesmo tempo em que se mantêm ou agravam as condições de trabalho.

Para chegar-se a essa resposta, foi necessário analisar as condições em que se deu a reforma trabalhista que resultou no julgamento do Tema 1046. Da generalização da concorrência com o neoliberalismo a fim de postular uma liberdade artificialmente criada por meio das leis, chegou-se à positivação de disposições que encampam a prevalência do negociado sobre o legislado em nome de uma suposta autonomia que se reafirma como consequência do antropocentrismo. Em seguida, foi necessário demonstrar o que se entende por fontes do direito e os limites a essas fontes. Investigou-se os planos nacional e internacional em busca das limitações à liberdade de negociação. No plano nacional, tais limitações estão expressamente previstas nos arts. 1º, III e IV, 6º ao 11, 170, 193 e 205 da CRFB, os quais abrangem também o princípio da Proteção e a Vedação de Retrocesso Social. No plano internacional, trata-se dos tratados sobre direitos humanos, alguns dos quais encampam o princípio da Progressividade e o princípio *Pro Homine*. Todos convergem para a melhoria das condições dos trabalhadores, prevista na parte final do *caput* do art. 7º da CRFB.

Passou-se, então, a analisar o que pode o STF ter querido dizer com “direitos absolutamente indisponíveis” em matéria trabalhista. Assim, foi possível demonstrar a incoerência do raciocínio utilizado na redação do Tema 1046 e da respectiva Tese, segundo o qual tais direitos seriam somente aqueles previstos na CRFB sem acompanhamento de autorização constitucional para sua negociação – entendimento que ignora as discussões durante a votação do *leading case*. O Tema 1046, nos termos em que foi redigido, pressupõe a constitucionalidade e convencionalidade integral do art. 611-B da CLT, incluído seu parágrafo único, de todo incompatível com o dever de implementação de melhorias das condições sociais dos seres humanos. Tal pressuposto é paradoxal, uma vez que restou expressamente reconhecido pelo relator, Min. Gilmar Mendes, no julgamento do *leading case*, não se tratar de arguição de constitucionalidade dos arts. 611-A e 611-B da CLT. Com esse arcabouço, finalizou-se demonstrando a incoerência da Tese firmada no Tema 1046 que autoriza a redução de direitos trabalhistas disponíveis, independentemente da existência de vantagens compensatórias. Ao fim e ao cabo, trata-se de entendimento que deixa de

lado importantes fontes jurídicas (internacionais, constitucionais e infraconstitucionais) que tentam impor limites à exploração do trabalho pelos empregadores e, por decorrência, viabiliza uma linha interpretativa de possível precarização dos direitos trabalhistas, incompatível, ao que ora se conclui, com os princípios da Proteção, da Vedação de Retrocesso Social, da Progressividade e *Pro Homine*.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-lei 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 639**. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 02 jun. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266465>. Acesso em: 19 jun. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **AgRg no ARE 369.337**. Rel. Min. Celso de Mello, j. em 23 ago. 2011. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal;turma.2:acordao;are:2011-08-23:639337-4125954>. Acesso em: 19 jun. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1.121.633**. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 02 jun. 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=767270315>. Acesso em: 19 jun. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 466.343**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em: 3 dez. 2008. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 19 jun. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STF decide que norma coletiva que restringe direito trabalhista é constitucional.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=488269&ori=1>. Acesso em: 19 jun. 2024b.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 1046 – Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente.** Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5415427&numeroProcesso=1121633&classeProcesso=ARE&numeroTema=1046>. Acesso em: 19 jun. 2024a.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. 2ª Turma. **RR 0000866-90.2017.5.10.0007.** Rel. Min. Maria Helena Mallmann, j. em 17 maio 2023. Disponível em: <https://consultadocumento.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=93030&dtaPublicacaoStr=19/05/2023%2007:00:00&nia=8130821>. Acesso em: 19 jun. 2024.

CAMINO, Carmen. Direito do trabalho e direitos humanos: o exercício da resistência na trincheira da Constituição. In: OLIVEIRA, Cinthia Machado de; DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. **Temas de direito e processo do trabalho.** Volume II – Teoria geral do direito do trabalho. Estudos em homenagem a Carmen Camino. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. **Revista Bonijuris**, ano 23, n.º 452, 2001.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christhian. **A nova razão do mundo.** Trad. Mariana Echalar, Boitempo, São Paulo, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2023.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

FARIA, Fernanda Nigri. **O negociado sobre o legislado**: caminhos para a reconstrução da resistência a partir das fontes do direito do trabalho. 2020. 362 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2020.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como fonte de resistência. 2008. 253 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008.

LEAL, Gabriel Prado. A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. **Revista de Informação Legislativa**, v. 53, n. 211, 2016.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. Mais uma do Ives: rifando direitos fundamentais e a justiça do trabalho. **Blog**, 21 fev. 2017. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/mais-uma-do-ives-rifando-direitos-fundamentais-e-a-justica-do-trabalho>. Acesso em: 19 jun. 2024.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: RT, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MURADAS, Daniela. O princípio da vedação do retrocesso jurídico e social no direito coletivo do trabalho. **Revista LTr**, v. 75, n. 5, 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. **Princípios de direito do trabalho**. Trad. Wagner D. Giglio. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

POCHMANN, Márcio. Terceirização desregulada e seus efeitos no mercado de trabalho no Brasil. **Revista do TST**, v. 80, n. 3, 2014.

RAMOS, Eduardo Russo; DIONISIO, Anderson Sameliki. A falácia da ‘modernização’ da legislação trabalhista: o negociado sobre o legislado. *In*: RAMOS, Gustavo Teixeira; MELO FILHO, Hugo Cavalcanti; LOGUERCIO, José Eymard; RAMOS FILHO, Wilson. (Org.). **A classe trabalhadora e a resistência ao golpe de 2016**. Bauru: Canal 6, 2016.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico**, v. 1, n. 1, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, n. 15, 2008.

SEVERO, Valdete Souto. **O negociado sobre o legislado**. Disponível em: https://www.sinait.org.br/docs/o_negociado_sobre_o_legislado.pdf. Acesso em: 19 jun. 2024.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; PALMISCIANO, Ana Luísa de Souza Correia de Melo. A terceirização sob o prisma do trabalho e do desenvolvimento social. **Revista do TST**, v. 80, n. 3, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

WANDELLI, Leonardo Vieira. Art. 7º. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2018.