

II JORNADA INSTITUCIONAL DE FORMAÇÃO CONTINUADA – TRT DA 13ª REGIÃO

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA

LORENA VASCONCELOS PORTO

Procuradora do Ministério Público do Trabalho

Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela
Universidade de Roma II

Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-MG

Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela
Universidade de Roma II

Professora Convidada do Mestrado em Direito do Trabalho da
Universidad Externado de Colombia, em Bogotá, e da Pós-Graduação
de Direito e Processo do Trabalho da Universidade Presbiteriana
Mackenzie

Reforma trabalhista – ausência de legitimidade democrática e de ampla discussão com a sociedade, com as instituições e os atores sociais – aprovação açodada, “a toque de caixa”;

- Reforma trabalhista – Leis 13.429/2017 e 13.467/2017 – inconstitucionalidades – afronta aos direitos fundamentais trabalhistas, ao regime de emprego socialmente protegido, ao valor social do trabalho, à dignidade da pessoa humana, à função socioambiental da propriedade e da empresa, à vedação ao retrocesso social – Preâmbulo, artigos 1º, 3º, 5º, 7º ao 11, 170, 193, entre outros, da CF/88;

Há, inclusive, duas ADIs ajuizadas pelo PGR, pendentes de julgamento pelo STF: ADI 5735 (terceirização) e ADI 5766 (gratuidade judiciária – acesso à justiça), além de outras ADIs ajuizadas por outros legitimados, como os entes sindicais;

- O STF não vem cumprindo o papel de guardião da CF/88 (art. 102, *caput*, da CF/88) nas decisões acerca dos direitos sociais – inclusive revendo decisões anteriores – interpretação restritiva de direitos sociais fundamentais;

ANÁLISE QUANTITATIVA – pesquisa do Nexo Jornal – 9.000 decisões do Pleno do STF (2007-2017):

- 1º lugar: Direito Público e Administrativo;
- 2º lugar: Direito do Trabalho e Direito Processual Civil;
- 3º lugar: Direito Previdenciário;
- Após: Direito Penal, Direito Tributário, Direito do Consumidor, Direito Eleitoral e Processo Eleitoral, Direito Internacional e Outros.

ANÁLISE QUALITATIVA – conteúdo das decisões – direitos sociais.

1. Admissibilidade – Recurso extraordinário – legislação infraconstitucional / violação indireta, reflexa, oblíqua a normas constitucionais.

EX: ARE 713.211/MG

2. Reviu decisões anteriores – interpretação restritiva de direitos sociais fundamentais.

- 3. Em matéria trabalhista e previdenciária – decisões no sentido de restringir direitos sociais;
- 4. O STF, ao contrário, não vem decidindo as ações que tratam da garantia da efetividade dos direitos sociais fundamentais - intermináveis pedidos de vista.

Exemplos:

- ADI 1625 - ajuizada em 19.06.1997 pela CONTAG e CUT - quase 22 anos - denúncia unilateral Convenção 158 da OIT - proteção do trabalhador contra a dispensa imotivada - Presidente da República em 1996 - atualmente: vista Min. Dias Toffoli;

• ANÁLISE QUALITATIVA: O STF decidiu de forma conservadora em 63% dos casos julgados em 2018 sobre matérias trabalhistas, de saúde, tributárias e penais - Anuário da Justiça Brasil 2019, da editora Consultor Jurídico.

- STF - via jurisprudencial - reforma trabalhista – em detrimento direitos sociais fundamentais – papel oposto ao de guardião da Constituição;
- ADI 5794 – STF declarou constitucionalidade normas sobre contribuição sindical – e voto do Rel. Min. Barroso na ADI 5766;
- Nesse cenário – controle de constitucionalidade (concentrado ou difuso) da reforma trabalhista – possibilidade de êxito.

- Controle de convencionalidade das normas trazidas pela reforma trabalhista – tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (ONU, OIT, OEA) – hierarquia supralegal (infraconstitucional) – STF - RE n. 466.343/SP.
- José Joaquim Gomes Canotilho - direitos humanos – 4 funções fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação;

- Todos os agentes estatais - dever de proteção perante terceiros dos direitos humanos - Poder Legislativo (não produzir normas contrárias a tais direitos) - caso isso ocorra - Poder Judiciário - sucumbir a norma violadora por meio do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade;
- Poder Judiciário – não pode dar cumprimento à norma violadora de DIDH, ainda que aprovada segundo os trâmites do processo legislativo nacional - obrigação jurídica de realizar o controle de convencionalidade das leis internas ex officio, sob pena de responsabilização internacional do Estado;

- Obrigação jurídica - artigo 5º, §2º, da CF/88 e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil (artigo 2.2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU; artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, da OEA; e artigo 2º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1988, da OEA);

- Entendimento consagrado pelo STF (RE 466.343) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (ex: Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C. Nº 71; Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C. Nº 70; Caso Paniagua Morales e outros Vs Guatemala. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C. Nº 37; Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C. Nº 171).

- 165º Período de Sessões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em Montevideu - participação do MPT na audiência pública “Reforma Trabalhista e Terceirização no Brasil”, requerida por centrais sindicais (CUT, UGT e Nova Central) – na audiência, MPT destacou as violações ao dever de não-regressividade dos direitos sociais, ao direito à proteção judicial e à discriminação promovida por algumas regras da reforma em prejuízo dos trabalhadores.

- No “Comunicado de Prensa” oficial sobre los resultados do período de sessões, a CIDH manifestou-se nos seguintes termos: “La CIDH recibió información preocupante sobre la situación de derechos humanos en Brasil en cuatro audiencias temáticas. [...] y el impacto sobre los derechos económicos y sociales de la reforma laboral y la tercerización que tiene lugar en el país [...] La CIDH manifiesta su preocupación ante el contexto de una seria regresividad en materia de derechos humanos”.

● Consulta realizada pelo MPT e CUT ao Departamento de Normas da OIT, respondida com a ratificação, pelo Departamento, da conclusão do Comitê de Peritos segundo a qual a utilização genérica do negociado sobre o legislado para reduzir a proteção social do trabalho viola as Convenções n. 98 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil;

- Comitê de Peritos - órgão independente composto por peritos jurídicos de diversos países - examina a aplicação das convenções e recomendações da OIT no âmbito interno dos Estados-membros;

Enfática manifestação (2018) do Comitê de Peritos da OIT sobre a prevalência do negociado sobre o legislado (arts. 611-A e 611-B da CLT) e sobre o contrato individual do “hiperssuficiente” (art. 444 da CLT) - violam as Convenções n. 98 e 154 da OIT, ratificadas pelo Brasil: “the Committee requests the Government to examine, after consulting the social partners, the revision of this provision so as to bring it into compliance with Article 4 of the Convention”.

- Convenção n. 98 da OIT - Direito de Organização e de Negociação Coletiva – ratificada pelo Brasil – uma das Convenções Fundamentais da OIT – Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho (1998);
- Convenção n. 154 da OIT - Incentivo à Negociação Coletiva – ratificada pelo Brasil;

Inclusão do Brasil na “lista suja” da OIT – Conferência Internacional do Trabalho - junho/2018 – lista de 24 países, ao lado, por exemplo, de Haiti, Camboja e Birmânia;

- Para verificar possíveis violações a Convenções ratificadas pelo Brasil por normas da reforma trabalhista, sobretudo prevalência do negociado sobre o legislado, o Departamento de Normas solicitou informações ao Governo brasileiro;

A partir das informações prestadas pelo Governo brasileiro, trabalhadores e empregadores – Comitê de Peritos - Relatório de 2019 – menciona expressamente informações prestadas pelo MPT:

- Novamente solicitou ao governo que, em consulta aos parceiros sociais, revise os artigos 611-A e 611-B da CLT, para adequá-los à Convenção n. 98 da OIT - especificar de maneira mais precisa situações em que cláusulas que afastam a legislação podem ser negociadas e a finalidade dessas cláusulas;

• Relatório do Comitê de Peritos de 2019:

- Preocupação com a redução das convenções e acordos coletivos de trabalho e pediu informações específicas sobre o tema;
- DIEESE - Comparativo 2017-2018 - Primeiros 10 meses de 2018 - redução de 23% nas convenções e acordos coletivos registrados no Mediador;

Relatório do Comitê de Peritos de 2019:

- Necessidade de assegurar o direito à negociação coletiva aos empregados que recebam duas vezes o teto do RGPS - reforma trabalhista – previsão nos contratos individuais de trabalho de condições inferiores àquelas previstas nas normas coletivas;

Relatório do Comitê de Peritos de 2019:

- Direito à negociação coletiva de trabalhadores autônomos;
- Preocupação com possibilidade de acordos coletivos estabelecerem condições inferiores às convenções - art. 620, CLT;
- Necessidade de estabelecimento de um diálogo social tripartite;

Precedentes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT - objetivo da negociação coletiva - Convenção n. 154 da OIT - ratificada pelo Brasil - melhorar condições de vida e de trabalho daqueles que o sindicato representa - não há negociação coletiva com renúncia a direitos mínimos assegurados em lei - não há real negociação coletiva sem a previsão de contrapartidas adequadas, concessões mútuas, entre as partes estipulantes;

Convenções n. 98 e 154 da OIT -
interpretação autêntica do Comitê de
Liberdade Sindical, Comitê de Peritos e
Departamento de Normas da OIT -
negociação coletiva, para ser considerada
como tal, deve visar à melhoria da proteção
social dos trabalhadores, isto é, não pode ter
como objetivo apenas a redução da proteção
mínima prevista em lei, e deve prever
contrapartidas adequadas, concessões
mútuas, entre as partes estipulantes;

• Brasil continuará sob monitoramento e supervisão internacionais;

- Relatório do Comitê de Peritos da OIT - importante fonte de interpretação para o controle de convencionalidade das normas da reforma trabalhista, sobretudo da prevalência do negociado sobre o legislado;
- Luis Jimena Quesada - necessidade de conhecimento da jurisprudência internacional para a aplicação das normas internacionais como parâmetro no controle de convencionalidade;

Aprofundamento da reforma trabalhista, como pretendido pelo atual Governo - aumento da precarização dos vínculos trabalhistas e enfraquecimento dos sindicatos - poderá ser questionado perante a OIT;

- Brasil registra hoje a segunda maior taxa de desemprego das Américas (12,7%), atrás apenas do Haiti;
- Reforma trabalhista – não gerou empregos – apenas se trocaram vagas formais por relações de trabalho precárias – e o desemprego continua a subir;



ECONOMIA



ECONOMIA

Nova lei trabalhista deve gerar mais de 6 milhões de empregos, diz Meirelles

Ministro da Fazenda disse ainda que governo pode decidir ainda nesta segunda-feira se medidas de ajuste do orçamento de 2018 serão enviadas ao Congresso por MP ou projeto de lei.

Por **Alexandro Martello, G1** — Brasília

30/10/2017 09h14 · Atualizado há um ano



Desemprego sobe para 12,4% em fevereiro, diz IBGE

População subutilizada é a maior da série do instituto, iniciada em 2012. Dados trazem série de recordes negativos.

Por **Laura Naime, G1**

29/03/2019 09h01 · Atualizado há 8 horas



Medida Provisória (MP) n. 873, de 1º de março de 2019 - altera a CLT - dificultar ao extremo recebimento contribuições pelos sindicatos - enfraquecê-los financeiramente e inviabilizar na prática seu funcionamento e o exercício de suas funções;

- Exemplo dos países capitalistas desenvolvidos – não há verdadeira democracia e maior justiça social (melhor distribuição da riqueza e do poder na sociedade capitalista) sem sindicatos fortes e atuantes;

Sindicato – duplo papel – criação das normas jurídicas, visando à melhoria das condições de vida e de trabalho, e luta pela efetividade das normas existentes;

- ADIs – STF – violação à CF/88, inclusive pela ausência de relevância e urgência (artigo 62, *caput*) - violações a convenções da OIT - Convenções n. 144 e 151 (não houve discussão e negociação tripartite);

ADIs – STF – violação às Convenções n. 98 e 154 da OIT - negociação coletiva como forma privilegiada de solução de conflitos laborais - indevida interferência estatal impondo aos atores coletivos mecanismo de autorização dos trabalhadores para cobrança de contribuições e mensalidades e forma de pagamento desses valores - tal interferência é ainda mais grave pela previsão de invalidade das normas coletivas já firmadas - o negociado pode prevalecer sobre o legislado para reduzir direitos trabalhistas e precarizar as condições laborativas no Brasil, mas não para tratar da forma de custeio dos sindicatos;

- Controle de convencionalidade - normas introduzidas ou modificadas pelas reformas trabalhistas - vem sendo aplicado em outros países, como a Espanha e a França - controle de constitucionalidade concentrado (França - controle político - *Conseil Constitutionnel*);
- Espanha - decisão n. 140/2018, de 20 de dezembro de 2018 - Tribunal Constitucional - Relator Fernando Valdés Dal-Ré - controle de convencionalidade, ao contrário do controle de constitucionalidade, não é competência exclusiva do Tribunal Constitucional - pode ser exercido por qualquer juiz - controle de convencionalidade tem sido um tema muito importante no questionamento de várias disposições da reforma trabalhista de 2012;

Espanha – fundamento normativo do controle de convencionalidade – artigos 93 a 96 c/c art. 10.2 da Constituição espanhola de 1978 – embora essa última não preveja expressamente a supralegalidade dos tratados internacionais, do art. 96.1 pode ser extraída a superioridade dos tratados em relação às leis espanholas e, em todo caso, a supralegalidade é indiscutível quando se trata de tratados sobre direitos humanos (art. 94.1.c) – isso foi ratificado pela Lei n. 25/2014, que dispõe sobre os tratados e outros acordos internacionais;

Espanha – o controle de convencionalidade em matéria de direitos sociais desenvolveu-se com maior intensidade na doutrina e na jurisprudência espanholas a partir da jurisprudência do Comitê Europeu de Direitos Sociais a partir da interpretação da Carta Social Europeia para declarar a invalidade de leis nacionais que a violavam, como as adotadas pela Grécia após a crise de 2008 por imposição da Troika (Comissão Europeia, Banco Central Europeu e FMI) – decisões do Comitê de 23 de maio de 2012 nas reclamações coletivas n. 65/2011 e n. 66/2011, formuladas por sindicatos de trabalhadores gregos contra a Grécia.

- França – teoria do controle de convencionalidade - 1975 - Conselho Constitucional - decisão 74-54 - lei sobre interrupção voluntária de gravidez - competência apenas para analisar constitucionalidade das leis, e não em relação aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pela França - caso versava sobre a apreciação da Convenção Europeia de Direitos Humanos;
- Art. 55 da Constituição francesa de 1958: “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie” – hierarquia supralegal dos tratados internacionais ratificados;

- França - reforma trabalhista de 2017 - valores mínimos e máximos para a indenização pela dispensa imotivada do trabalhador - decisões de *Conseil de Prud'hommes* (Troyes, Amiens, Lyon) - norma contrária à Convenção n. 158 da OIT, ratificada pela França, e Carta Social Europeia - preveem que o juiz, no caso de dispensa imotivada, pode determinar o pagamento ao trabalhador de uma “indenização adequada” ou outra forma de reparação “apropriada”;
- *Conseil de Prud'hommes* - formado por 2 representantes dos empregados e 2 representantes dos empregadores - um desses últimos, pelo menos, foi favorável ao entendimento.

• França - adoção do controle de convencionalidade pelo *Conseil de Prud'hommes* para afastar a aplicação de leis trabalhistas de viés desregulamentador não é novidade – exemplo: decisão do *Conseil des prud'hommes* de Longjumeau, de 28 de abril de 2006, que considerou a lei do Contrato de Novo Emprego (*Contrat Nouvelle Embauché - CNE*) contrária à Convenção n. 158 da OIT - veda a dispensa imotivada, mas estabelece a possibilidade de um período de prova, no qual essa vedação inexistente, desde que este seja razoável - a lei do CNE, ao estabelecer um prazo excessivo - 2 anos - fere a Convenção n. 158, sendo, portanto, inválida - reconheceu-se, no caso concreto, a celebração de um contrato por prazo indeterminado, condenando-se o empregador ao pagamento das indenizações relativas à dispensa injusta;

Prof. Luis Jimena Quesada – Universidad de Valencia – controle de convencionalidade é uma exigência constitucional de coerência normativa e institucional e de otimização da dignidade humana através da proteção dos direitos humanos, entre eles os direitos sociais.

Identificação de litígios estratégicos e projeção de sua possível configuração em situações nocivas provocadas pela reforma trabalhista - prejuízos à fruição de direitos fundamentais – criação recente, no âmbito do MPT, de Grupo de Assessoramento Especial para Litígios em Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.

Ressalta-se, por fim, a importância da OEA nesse contexto, a qual, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vem buscando a efetividade e o cumprimento dos direitos fundamentais trabalhistas, como bem demonstra a condenação do Brasil no “Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil” – sentença de 20.10.2016 – tráfico de pessoas e trabalho em condições análogas à de escravo.

- Trabalhador autônomo – art. 442-B da CLT:

- “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação”;

Lei 13.467/2017 - excludente legal da relação de emprego - interpretação sistemática, em conjunto com os arts. 2º, 3º e 9º da CLT - arts. 2º e 3º da CLT - há relação de emprego quando o trabalhador presta serviços com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação - se na relação estabelecida entre o trabalhador autônomo e o contratante estão presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em especial a subordinação - artigo 9º da CLT - nulidade do contrato - reconhecimento de vínculo empregatício do trabalhador;

Esse mesmo entendimento foi adotado pela doutrina e jurisprudência pátrias na interpretação do parágrafo único do artigo 442 da CLT, introduzido pela Lei 8.949/1994 - consagrou-se o entendimento de que, não obstante o trabalhador preste serviços formalmente como cooperado, caso presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, deve ser reconhecido o vínculo empregatício daquele com o seu tomador de serviços, com fulcro no artigo 9º da CLT.

● Conceito de trabalhador autônomo – legislação previdenciária - art. 11, inciso V, letras “g” e “h”, da Lei nº 8.213/91 – menciona “sem relação de emprego”, isto é, pressupõe a ausência de subordinação;

- A subordinação deve ser analisada, não apenas na acepção clássica ou tradicional, mas também na dimensão objetiva, estrutural, integrativa;

• Presença de exclusividade e de continuidade - indícios da existência da relação de emprego - exclusividade é elemento muito característico da ausência de autonomia e a continuidade muito se aproxima da não-eventualidade - inerente ao conceito de empregado (art. 3º da CLT);

• Direito comparado – fonte formal subsidiária do Direito brasileiro (art. 8º, caput, da CLT) – exemplos de leis na Itália (Leis n. 520, de 1961, n. 14, de 1965, n. 498, de 1992), e na França (Lei “Madelin”, de 11.02.1994) que previram excludente legal da relação de emprego – consideradas inválidas pelo Poder Judiciário;

Normas do Código Civil – simulação
- se aplicam subsidiariamente ao
Direito do Trabalho – art. 8º,
parágrafo único, da CLT - art. 167. É
nulo o negócio jurídico simulado,
mas subsistirá o que se dissimulou, se
válido for na substância e na forma;

- Princípio da primazia da realidade –
consagrado pelos artigos 9º e 442,
caput, da CLT - segundo a OIT, goza
de vigência universal;

• Art. 442-B da CLT – controle de convencionalidade – tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil (ONU, OIT, OEA) – hierarquia supralegal (infraconstitucional) – STF – RE n. 466.343/SP – deve ser interpretado em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil;

Normas internacionais relativas à igualdade e não discriminação - princípio da isonomia - a diferenciação operada pelo legislador deve se assentar em uma base efetiva de justificação, em uma razão necessária, suficiente, em um motivo atendível - a mera contratação formal do trabalhador como autônomo, quando presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, não é motivo razoável para justificar a diversidade de tutelas;

- Normas internacionais relativas à igualdade e não discriminação ratificadas pelo Brasil:
 - Arts. 2º, 7º e 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948;
 - Art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, da ONU;
 - Arts. 2, 5º e 7º Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU;
 - Itens I, II e III da Declaração Referente aos Fins e Objetivos da OIT (“Declaração de Filadélfia”), de 1944, anexada à Constituição da OIT;

- Constituição da OIT - proíbe expressamente que o trabalho seja tratado como mercadoria;
- Itens 1, 2 e 3 da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998;
- Arts. 1º, 2º, e 3º da Convenção n. 111 - uma das Convenções fundamentais da OIT;
- Artigos 2º e 14 da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948, da OEA;
- Artigos 1º e 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (“Pacto de São José da Costa Rica”), da OEA;

• Artigos 3º, 4º, 5º e 7º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”), de 1988, da OEA;

- Em conformidade com o princípio da isonomia e da não discriminação consagrado nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, o artigo 442-B da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017, não pode ser interpretado como uma excludente legal da relação de emprego.

Normas internacionais sobre saúde e segurança no trabalho - contratação de um verdadeiro empregado formalmente como autônomo - excluído da aplicação das normas de saúde e segurança no trabalho - imprescindíveis para a evitar a ocorrência de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais – em obediência à Convenção 155 da OIT, em especial arts. 4º, 5º, 13, 19 e 20, o artigo 442-B da CLT não pode ser interpretado como uma excludente legal da relação de emprego.

• Normas internacionais sobre liberdade sindical e negociação coletiva - o trabalhador autônomo não integra formalmente a categoria profissional vinculada ao tomador de seus serviços – viola a efetividade do direito fundamental a liberdade sindical e a mecanismos de conquista coletiva de melhoria de condição social do trabalhador, como a negociação coletiva e a greve - a mera possibilidade de substituição pelas empresas dos empregados por trabalhadores autônomos já constitui ameaça permanente de desemprego ou de precarização do trabalho, fator de enfraquecimento do poder de organização coletiva e de reivindicação sindical – em consonância com os arts. 1º e 4º da Convenção 98 da OIT, o artigo 442-B da CLT não pode ser interpretado como uma excludente legal da relação de emprego;

• Normas internacionais relativas ao regime de emprego socialmente protegido - as normas produzidas no âmbito da OIT consagram o regime de emprego socialmente protegido, centrado no contrato de emprego por prazo indeterminado, por meio do qual podem ser efetivamente exercidos os direitos assegurados ao trabalhador - Conforme nos revelam dados OIT, os países mais desenvolvidos econômica e socialmente do mundo são aqueles que possuem o maior percentual da PEA como “empregados” e menor percentual como “empregadores e trabalhadores autônomos” e “trabalhadores familiares não remunerados” - exemplos: Noruega (92,5%), Suécia (90,4%), Dinamarca (91,2%), Alemanha (88,6%), Países-Baixos (88,9%) e Reino Unido (87,2%) x (60,2%), Turquia (50,9%), Tailândia (40,5%), Bangladesh (12,6%) e Etiópia (8,2%).

• Recomendação 198, de 2006, a OIT - Estados-membros devem definir “indicadores específicos da existência de uma relação de trabalho”, com destaque para as seguintes características fáticas que integram conteúdo histórico da relação de emprego (item 4): a) o trabalho deve ser realizado envolvendo integração do trabalhador na organização da empresa (item 13.a); b) o trabalho deve ser realizado pessoalmente pelo trabalhador (13.a); e c) o trabalho deve ter duração particular e certa continuidade no tempo (13.a) – características presentes no contrato celebrado com o trabalhador autônomo (art. 442-B da CLT);

• Em síntese: O art. 442-B da CLT, em sede de controle de convencionalidade, deve ser interpretado em consonância com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil- normas internacionais relativas à igualdade e à não discriminação, à saúde e segurança no trabalho, à liberdade sindical e à negociação coletiva e ao regime de emprego socialmente protegido – isto é, não pode ser interpretado como excludente legal da relação de emprego - caso presentes os elementos fático-jurídicos da relação de emprego, em especial a subordinação, deve ser reconhecido o vínculo empregatício do trabalhador contratado formalmente como autônomo com o seu tomador de serviços;

Relator do PL 6787/16 – originou a reforma trabalhista - Deputado Rogério Marinho - parecer na Comissão Especial - justificar inclusão do artigo 442-B da CLT – “Ressalte-se que, na eventualidade de uma tentativa de se fraudar a legislação trabalhista, estando configurados os requisitos próprios da relação de emprego, a Justiça do Trabalho poderá reconhecer o vínculo empregatício, garantindo ao empregado todos os direitos a ele inerentes”.

- No mesmo sentido são os 4 (quatro) Enunciados sobre o tema aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, realizada em Brasília, nos dias 09 e 10.10.2017, sobre a reforma trabalhista:

- TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO E ART. 9º DA CLT.

TRABALHADOR AUTÔNOMO EXCLUSIVO. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. A NORMA DO ARTIGO 442-B DA CLT NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DOS ARTIGOS 2º E 3º DA CLT E CONFIGURADO O DESVIRTUAMENTO DO TRABALHO AUTÔNOMO, COM FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO, À LUZ DO ART. 9º DA CLT.

TRABALHADOR EXCLUSIVO E AUTÔNOMO
PRIMAZIA DA REALIDADE.

PRIMAZIA DA REALIDADE SOBRE A FORMA. É A PRIMAZIA DA REALIDADE, E NÃO A FORMALIDADE EXTERIORIZADA DE ATOS E NEGÓCIOS JURÍDICOS, QUE DEVE SER CONSIDERADA PARA O RECONHECIMENTO DO VÍNCULO DE EMPREGO (ARTS. 2º E 3º DA CLT) OU DE TRABALHO AUTÔNOMO (ART. 442-B DA CLT).

• TRABALHO AUTÔNOMO CONTÍNUO E EXCLUSIVO. LIMITES E INTERPRETAÇÃO CONFORME: INTELIGÊNCIA DO ART. 442-B DA CLT À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

PRESUME-SE O VÍNCULO EMPREGATÍCIO DIANTE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS CONTÍNUA E EXCLUSIVA, UMA VEZ QUE A RELAÇÃO DE EMPREGO É DIREITO FUNDAMENTAL (ARTS. 1º, III E IV, 5º, CAPUT E 7º DA CF/1988), DEVENDO O ART. 442-B DA CLT SER INTERPRETADO CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PARA AFASTAR A CARACTERIZAÇÃO DO TRABALHO AUTÔNOMO SEMPRE QUE O TRABALHADOR, NÃO ORGANIZANDO A PRÓPRIA ATIVIDADE, TENHA SEU LABOR UTILIZADO NA ESTRUTURA DO EMPREENDIMENTO E INTEGRADO À SUA DINÂMICA.

TRABALHADOR EXCLUSIVO E FORMAS JURÍDICAS IRREAIS AUTÔNOMO

O ARTIGO 442-B DA CLT NÃO PERMITE A CONTRATAÇÃO DE TRABALHADOR CONSTITUÍDO SOB A FORMA DE PESSOA JURÍDICA, DE MICROEMPREENDEDOR INDIVIDUAL (MEI) E DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA (EIRELI), ENTRE OUTRAS, QUANDO PRESENTES OS PRESSUPOSTOS PARA O RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO (ARTS. 2º E 3º DA CLT).

• TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL:

- Art. 223-G - § 1º. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL:

- ADI 5.870/DF – Anamatra – art. 223-G-§1º CLT – tarifação dano extrapatrimonial – parecer favorável PGR;
- Vinculação do valor da indenização por danos extrapatrimoniais ao último salário contratual do ofendido e limite máximo para o *quantum* indenizatório - implicam discriminação, não apenas pela situação econômica, como também pelo gênero da pessoa ofendida;

- Dano extrapatrimonial - lesão a um interesse juridicamente protegido sem expressão monetária no mercado - p.ex., vida, honra, imagem, intimidade, liberdade, autoestima, sexualidade, saúde, lazer, integridade física, etc. - lesão a esses bens juridicamente tutelados de um trabalhador pobre vale menos;
- Seres humanos, independentemente de condição financeira - mesma dignidade - igual respeito e consideração pelo ordenamento jurídico - tratar trabalhador pobre como ser humano de segunda categoria - viola o princípio da isonomia;

Não há no Direito Civil brasileiro, incluindo o Direito do Consumidor, normas de valor máximo de indenização ou vinculando sua fixação à condição econômica da vítima – ao trabalhador é assegurada proteção menor do que ao cidadão comum;

- Exemplo da tragédia causada pela Vale em Brumadinho – cidadão comum x trabalhador; trabalhadores com salários distintos - a pessoa vale menos para o Direito porque trabalha e, ainda menos, porque é pobre;

- Discriminação - inclusive em razão da condição social, do gênero e da raça - proibida pela ordem jurídica brasileira - arts. 3º, 4º, 5º, 7º, da CF/88;
- Discriminação - tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil - hierarquia supralegal (STF) - arts. 2º, 7º e 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948; art. 26 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966, da ONU; arts. 2, 5º e 7º Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, da ONU; itens I, II e III da Declaração de Filadélfia da OIT, de 1944; itens 1, 2 e 3 da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998; artigos 2º e 14 da Declaração Americana sobre os Direitos e Deveres do Homem de 1948, da OEA;

Artigos 1º e 24 do “Pacto de São José da Costa Rica”, da OEA; e artigos 3º, 4º, 5º e 7º do “Protocolo de San Salvador”, de 1988, da OEA;

- Convenção n. 111 da OIT – Convenção Fundamental - Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação;
- Além da discriminação por situação econômica, há também discriminação de gênero - no Brasil e nos diversos países do mundo, as mulheres invariavelmente recebem salários menores do que os homens que exercem a mesma função;

Pesquisa do site de empregos Catho, com quase 8.000 profissionais em 2018 - mulheres ganham menos do que os homens em todos os cargos, áreas de atuação e níveis de escolaridade pesquisados - a diferença salarial chega a quase 53% - mulheres são minoria ocupando posições nos principais cargos de gestão, como diretoria, por exemplo - dados confirmados por pesquisa recente do IBGE;

- Mulheres negras recebem salários ainda menores que as mulheres brancas, seja nos casos em que possuem a mesma escolaridade, seja porque sequer têm acesso às mesmas condições de ensino;
- Se mulheres ganham salários menores do que homens, mesmo com mesma função - valor da indenização pelo dano extrapatrimonial também menor - calculado sobre o salário - vida, integridade física e honra da mulher trabalhadora, portanto, valem menos do que as do seu colega do sexo masculino para o legislador da reforma trabalhista - valem menos ainda se a mulher for negra;

Normas teratológicas - não têm correspondência em nenhuma ordem jurídica atual - apenas com o Código de Hamurabi - Império Babilônico em 1776 a.C. - há 38 séculos - dividia as pessoas em dois gêneros e três classes (superiores, comuns e escravos), com valores diferentes - a vida de uma mulher comum vale 30 ciclos de prata e a de uma escrava, 20 ciclos de prata, ao passo que o olho de um homem comum vale 60 ciclos de prata;

Triste semelhança entre a CLT reformada e o Código de Hamurabi (único diploma em que se encontram regras teratológicas similares): divisão das pessoas em dois gêneros (homens e mulheres) e três classes (cidadãos comuns, trabalhadores com salários mais altos e trabalhadores pobres), em total afronta ao princípio da isonomia - “modernização” das leis trabalhistas gerou retrocesso do Direito do Trabalho brasileiro em quase 38 séculos de história da humanidade;

• Não há nada semelhante em outros países, inclusive que fizeram reformas trabalhistas - na França - valores mínimos e máximos apenas para indenização pela dispensa imotivada do trabalhador - não há qualquer limitação para danos extrapatrimoniais - mesmo a limitação da indenização pela dispensa não vem sendo aplicada pelos juízes franceses - *Conseil des Prud'hommes* - controle de convencionalidade - Convenção n. 158 da OIT, ratificada pela França, e Carta Social Europeia - limitação não permite o estabelecimento de "indenização adequada" ou outra forma de reparação "apropriada" - não permitindo a apreciação de situações individuais;

CF/88 – arts. 1º, III, 5º, V e X – reparação integral e adequada dos danos, sem qualquer limite máximo ou parâmetro fixo – vedação de tratamento discriminatório de qualquer espécie (art. 3º, inciso IV) e garantia da igualdade (art. 5º, caput);

- Tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – princípio da isonomia e a não discriminação, inclusive por situação econômica, gênero e raça;
- Código Civil – reparação integral do dano – art. 944;

• STF e STJ - inconstitucionalidade tarifação da indenização por dano moral da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967);

- Em conformidade com as normas constitucionais, os tratados internacionais e as normas legais (Código Civil – interpretação sistemática) - os arts. 223-A a 223-G da CLT, introduzidos pela Lei 13.467/2017 - interpretados no sentido de que não pode haver limite máximo para a fixação judicial do valor da indenização pelo dano extrapatrimonial, e não pode ser obrigatório o cálculo sobre o salário do trabalhador;