

O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO, RETROCESSO SOCIAL.

Samira Calixto Peijo
Advogada. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho.

RESUMO: Os direitos constitucionais fundamentais estão no vértice da Constituição Federal de 1988. Dentre eles, fazem parte os direitos trabalhistas e por isso, esses, merecem proteção jurídica eficiente contra atos estatais que visem a suprimi-los ou alterá-los, sem que ocorram medidas compensatórias similares, o que traz, por consequência, a vedação ao retrocesso na fruição desses direitos.

Palavras chaves: **Direitos fundamentais. Direitos trabalhistas. Princípio da vedação ao retrocesso social.**

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Um dos principais aspectos da reforma trabalhista realizadas com o advento da Lei n.º 13.467/2017 ficou por conta das regras atinentes à negociação coletiva, ao disciplinar que a convenção e o acordo coletivo de trabalho prevalecem sobre a lei, reconhecendo assim a prevalência do acordado ou negociado sobre o legislado.

É através dessa perspectiva de prevalência do negociado sobre o legislado, que o presente artigo busca perquirir os reflexos dessa alteração legislativa, no que concerne aos efeitos nos direitos dos trabalhadores, sobretudo diante do princípio da vedação ao retrocesso social.

Contudo, antes de explanar o teor da inserção legislativa disposta no artigo 611-A da CLT que positiva a supremacia do negociado, imprescindível se faz analisar o direito social à luz da Constituição Federal de 1988, a qual o consagra como um direito fundamental ao homem, sendo esse, por sua vez, de extrema importância para assegurar garantias e proteção ao cidadão.

Dentre os direitos sociais e, portanto, fundamentais, encontram-se os direitos do trabalho que visam a garantir proteção ao trabalhador, não podendo, assim, serem reduzidos ou suprimidos.

Após, demonstra-se como a Constituição Federal trata a negociação coletiva de trabalho, sendo que em seguida faz-se uma averiguação da extensão e dos limites que a Lei n.º 13.467/2017 dá a essas negociações. Comenta-se, após, sobre o princípio da vedação do retrocesso social.

Por fim, faz-se uma análise da reforma trabalhista no tocante à prevalência do negociado sobre o legislado, prevalência essa que, diante do atual cenário político e social que vivemos, onde os sindicatos estão, em sua maioria, enfraquecidos, formados por trabalhadores pulverizados pela terceirização e sem garantia de emprego, vai de contramão ao que versa o princípio do não retrocesso social.

1. OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trata, desde seu preâmbulo, da instituição de um Estado democrático que tem como objetivo assegurar os direitos sociais, elevando-os ao plano de direitos fundamentais por consagrar as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, propiciando condições de vida decentes e condignas com o primado da igualdade real.

O título I elenca os princípios fundamentais e o título II dos direitos e garantias fundamentais. Portanto, no corpo da Constituição encontramos os direitos trabalhistas inseridos no capítulo II – direitos sociais – do título II – dos direitos e garantias fundamentais.

No artigo 7.º e seus incisos estão elencados os direitos trabalhistas constitucionais. O artigo 8.º e incisos trata dos direitos coletivos, o artigo 9.º do direito de greve e o 10.º e 11 da inserção dos trabalhadores na empresa.

Os direitos sociais são consagrados como fundamento do estado democrático de direito, são fundamentais ao homem, de observância obrigatória e tendo como essencial a concretização da igualdade social.

No artigo 1.º da Constituição Federal de 1988 o trabalhador é colocado como fundamental valor do Estado brasileiro, sendo assim, se faz necessário fazer valer a proteção aos direitos humanos do trabalhador. Por isso, servem de substrato para o exercício de incontáveis direitos fundamentais os artigos 5.º e 7.º da Constituição Federal.

Os direitos trabalhistas, desse modo, fazem parte dos direitos sociais e são, inegavelmente, direitos fundamentais, sendo que esses nasceram para garantir os interesses do cidadão em face do Estado, diante da disparidade de poder existente entre eles.

As relações de trabalho, marcadas pela desigualdade de poder entre as partes envolvidas no conflito, têm-se apresentado como um campo fértil para debater a questão, notadamente após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, que incluiu em seu artigo 7.º um extenso rol de incisos que constituiu a pedra de toque dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

O artigo constitucional acima citado lista uma série significativa de direitos fundamentais trabalhistas, criando a estrutura institucional que não só vai sustentar o corpo legal infraconstitucional, como definir parâmetros decisórios para as situações-limite, isso porque esses direitos são considerados cláusulas pétreas, ou seja, são cláusulas imutáveis.

A consolidação da nova carta constitucional passou a reconhecer o valor jurídico do trabalho como direito da cidadania, passando a ter uma evolução gradativa na sociedade contemporânea.

O direito ao emprego é um dos direitos fundamentais que sempre esteve no centro do debate das questões trabalhistas. Abolida a escravidão, o trabalho passou a ser valorizado como meio lícito para garantir a subsistência, abrindo caminho para o reconhecimento da dignidade daquele que trabalha. Diante disso, temos que a valorização do trabalho é um dos princípios destacados na ordem constitucional.

O constituinte reconheceu que o trabalho é um dos instrumentos mais relevantes para a afirmação e realização da pessoa, assim, o valor social do trabalho revela-se como princípio, fundamento e um direito social. Valorizar o trabalho significa valorizar o emprego, os direitos trabalhistas que, como frisado alhures, fazem parte do rol de direitos fundamentais constitucionais.

2. E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO.

A Constituição Federal de 1988 buscou implantar no país um Estado Democrático de Direito, estruturado a partir de um conceito tríplice: a) a pessoa humana e sua dignidade; b) a sociedade política, democrática e inclusiva; c) a sociedade civil.

Nesse sentido, a Constituição Federal reconheceu e conferiu estímulos à negociação coletiva de trabalho, conforme se denota através de seus dispositivos: artigo 7.º, incisos VI, XIII, XIV e XXVI; artigo 8.º que trata das entidades sindicais; artigo 114, §2.º, passando ela (negociação coletiva de trabalho) a ser a via mais importante da solução dos conflitos trabalhistas.

Os direitos humanos, fundamentais e sociais, desse modo, não se restringem àqueles explicitamente arrolados, mas abrangem os implícitos ao sistema constitucional e internacional.

Ademais, o rol dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais incluiu o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (artigo 7.º, XXVI da Constituição Federal).

As normas coletivas negociadas são, portanto, fontes formais autônomas, produzidas pelos entes sociais (artigo 8.º, VI da Constituição Federal), fazendo parte do sistema jurídico, o qual é caracterizado pelo pluralismo, por serem legitimamente reconhecidos no estado democrático de direito.

Cabe reiterar que as convenções e acordos coletivos são direitos dos trabalhadores (e não dos empregadores), não podendo, desse modo, ser desvirtuados para se voltar justamente contra os seus titulares, que são os empregados.

Não se pode, entretanto, permitir, como pretende a reforma trabalhista (Lei n.º 13.467/2017), que o incentivo constitucional à negociação coletiva trabalhista detenha prerrogativa de piorar, precarizar, rebaixar as condições de vida e de trabalho dos empregados e demais trabalhadores sob sua influência normativa.

Em outras palavras, a negociação coletiva é prevista como meio de se concretizar o mandamento de melhoria das condições sociais dos trabalhadores, não podendo servir para reduzir, sem justificativa constitucional (artigo 7.º, VI, XIII e XIV), ou eliminar direitos trabalhistas, sejam eles assegurados em normas constitucionais, internacionais ou infraconstitucionais.

Como já restou aqui exposto, a pessoa humana encontra-se no vértice da ordem constitucional e, por conseguinte, da ordem jurídica, social, econômica, cultural e institucional do País.

Ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos princípios fundamentais, o Constituinte conferiu à proteção do ser humano o status de valor supremo da ordem jurídica. Assim, toda a Constituição foi formulada visando assegurar condições existenciais mínimas para uma vida saudável.

Para concretizar tal valor supremo, o Constituinte estabeleceu um amplo sistema de proteção, trazendo para o manto de sua tutela um rol exemplificativo de direitos, garantindo a efetividade de todo e qualquer direito que estivesse abrangido pelo princípio da dignidade humana.

Essa proteção fica clara em diversos dispositivos, dentre os quais o artigo 5.º, parágrafos 1.º (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.”), 2.º (“Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”) e 3.º (“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”). O artigo 7.º da Constituição Federal amplia essa proteção não só para os dispositivos infraconstitucionais, como também para as normas coletivas de trabalho.

Todas essas disposições têm por objetivo assegurar que os direitos fundamentais concretizados por meio da legislação infraconstitucional sejam preservados, evitando sua revogação por legislação posterior. Assim, consolida-se um patamar mínimo de direitos fundamentais e garante-se o aprimoramento de proteção desses direitos.

Todo esse conjunto normativo aplica-se à negociação coletiva trabalhista, a qual deve observar o comando expresso da Constituição Federal que determina a melhoria das condições sociais dos trabalhadores (artigo 7.º, caput), e não a piora do patamar direitos dos empregados e da sua disciplina jurídica e legislativa.

Assim, a legislação infraconstitucional, como é o caso da Lei n.º 13.467/2017, evidentemente, para ser válida, deve respeitar as determinações hierarquicamente superiores.

3. O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO – EXTENSÃO E LIMITES DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA.

Muito se tem falado a respeito do “negociado sobre o legislado”, principalmente após a reforma trabalhista advinda com a entrada em vigor da Lei n.º 13.467/2017, a qual tem como mote principal a necessidade de “aprimorar as relações de trabalho no Brasil, por meio de valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e

empregadores.”, conferindo um marco legal claro quanto aos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho.

O legislado é composto pelos direitos trabalhistas previstos na Constituição Federal e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). O negociado se constituiu nos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT) ou Convenções Coletivas de Trabalho (CCT), que podem ser firmados pelos sindicatos das categorias dos trabalhadores com uma ou mais empresas (ACT) ou entre os sindicatos das categorias de trabalhadores e os sindicatos das categorias das empresas (CCT). Os ACT e CCT são normas coletivas de trabalho, juridicamente reconhecidas no texto constitucional. Essas normas podem estipular outras condições de trabalho, que também regerão os contratos de trabalho por elas abrangidos.

O artigo 7.º da Constituição dispõe e elenca os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. O mesmo dispositivo constitucional, em seu inciso XVII prevê, como direito social dos trabalhadores, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Como se observa, a prevalência da negociação coletiva sobre o legislado não é fenômeno atual. Essa possibilidade sempre foi permitida no sentido de favorecer o trabalhador, através da concessão de direitos e vantagens não previstos na lei ou melhorando o mínimo nela estabelecido. Contudo, agora se busca também que seja permitida a redução dos direitos e benefícios assegurados.

Nesse sentido, a Lei n.º 13.467/2017 introduziu os artigos 611-A e 611-B na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O artigo 611-A da CLT visa elencar um rol exemplificativo, como se observa da expressão ‘entre outros’, as matérias que podem ser objetos de flexibilização, sendo que eventual negociação desses direitos prevalecerá sobre o disposto em legislação.

Observe-se o conteúdo do referido dispositivo legal:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II - banco de horas anual;

III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1o No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação.

§ 2o A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3o Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4o Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5o Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.”

Citado dispositivo não teve como objetivo ampliar direito, pois isso sempre foi possível. Ele transformou a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis. Portanto, é possível que a prevalência do negociado sobre o legislado, nos itens apresentados acima, possa reduzir ou suprimir os direitos se forem feitas negociações com sindicatos não representativos perante a base ou em cenários econômicos adversos.

Além disso, a Lei n.º 13.467/2017 limita a análise do Judiciário Trabalhista balizando sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade adversos.

Diante disso, é possível que este dispositivo que limita a análise dos acordos e convenções coletivas de trabalho tenha a constitucionalidade questionada diante do disposto no artigo 5.º, inciso XXV da Constituição Federal, que trata do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Outro aspecto que merece destaque consiste no fato de que, atualmente, parte da jurisprudência trabalhista entende que não pode ser estabelecida uma negociação coletiva com atos de mera renúncia, devendo haver uma típica transação, com concessões recíprocas.

Contudo, a Lei n.º 13.467/2017 alterou o referido posicionamento ao prever, no parágrafo 2.º do artigo 611-A, que não será necessário o estabelecimento de contrapartidas nos referidos instrumentos coletivos, por não se caracterizar um vício do negócio jurídico, o que possibilita a interpretação de se admitir a celebração de acordos ou convenções coletivas de trabalho que importem em atos de mera renúncia por uma das partes, devendo, entretanto, observar o contido no parágrafo 3.º do mesmo dispositivo que visa a proteção contra a dispensa imotivada durante o prazo de vigência do referido instrumento coletivo quando for prevista a redução de jornada ou salário.

Por sua vez, o artigo 611-B da CLT, ao invés de dispor em rol exemplificativo os direitos que podem ser flexibilizados em acordos ou convenções coletivas de trabalho, dispõe de forma taxativa uma série de direitos cuja supressão em acordo ou convenção coletiva de trabalho consistirá na ilicitude do objeto e, conseqüentemente, na nulidade da convenção e do acordo coletivo que vise reduzir ou suprimir os direitos dispostos no artigo acima citado.

Tais direitos, em grande parte, estão atrelados às garantias previstas na Constituição Federal de 1988, conforme abaixo:

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV - salário mínimo;

V - valor nominal do décimo terceiro salário;

VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII - salário-família;

IX - repouso semanal remunerado;

X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI - número de dias de férias devidas ao empregado;

XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX - aposentadoria;

XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;

XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

Ainda, diga-se, que embora o rol seja denominado de taxativo, ele é restritivo, pois não impede que a negociação coletiva viole, por exemplo, direitos da personalidade e liberdades garantidas pela Constituição.

Dessa forma, também se mostra possível que a constitucionalidade deste dispositivo seja questionada, tanto pelo princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, como pela violação de outros dispositivos constitucionais, a depender do caso concreto.

4. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL.

Para que haja efetivação de direitos sociais, o Estado, em suas três funções deve agir de forma a não barrar o progresso pátrio, para tanto, o princípio do retrocesso social vem garantir que tais direitos não sejam suprimidos.

Referido princípio é uma garantia constitucional implícita, tendo sua matriz nos princípios da segurança jurídica, da máxima efetividade dos direitos constitucionais e da dignidade da pessoa humana.

Alude a ideia de que o Estado, após ter implementado um direito fundamental, não pode retroceder sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

Vale acrescentar que os direitos sociais possuem a característica das progressividade, isto é, a sua alteração deve ocorrer para amoldar a sociedade às mutações na vida cotidiana, mas dita alteração apenas pode vir a acontecer desde que

implique acréscimo à carga de fruição, de efetividade na realidade prática ou, no máximo, modificação, sem perda da concretude para o cidadão.

Temos, assim, que o conceito que mais se encaixa ao princípio do retrocesso social é o princípio garantidor adquirido pela sociedade durante os períodos de mudanças e transformações.

A ideia de proibição do retrocesso social está diretamente ligada ao pensamento do constitucionalismo dirigente que estabelece as tarefas de ação futura ao Estado e à sociedade com a finalidade de dar maior alcance aos direitos sociais e diminuir as desigualdades.

Nessa esteira, considerando que os direitos laborais na Carta Magna de 1988 são direitos humanos, estes também estão jungidos à garantia constitucional da não retrocessão, principalmente em face da expressa natureza progressiva estampada no caput do artigo 7.º da Constituição Federal: “Art.7.º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.”

Mister acrescentar que segundo o princípio da vedação do retrocesso social a inovação legislativa ou normativa somente deve ocorrer para beneficiar os trabalhadores, o que implica dizer que houve um processo de constitucionalização dos direitos trabalhistas, sendo que qualquer proposta de alteração das normas infraconstitucionais tendente a abolir, reduzir ou extinguir direitos sociais dos trabalhadores importa em violação ao dispositivo constitucional acima citado.

5. A REFORMA TRABALHISTA, PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO E O RETROCESSO SOCIAL.

A Lei n.º 13.467/2017 incluiu nova disposição na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o artigo 611-A, que estipula a prevalência das condições ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho, exemplificando em seus incisos as matérias cuja disposição em negociação coletiva gozarão de supremacia em face da lei.

Em que pese a prevalência do negociado já existisse no ordenamento jurídico brasileiro, essa posição de prevalência somente era permitida quanto estabelecidos direitos superiores ao mínimo estabelecido em lei, o que se tornava situação extremamente vantajosa para o trabalhador.

Todavia, a inserção do artigo 611-A na Consolidação das Leis do Trabalho veio justamente no sentido oposto, vez que permite a redução de direitos e benefícios

assegurados em diploma legal, de maneira que a convenção e os acordos coletivos de trabalho perdem seu papel de fonte suplementar do direito do trabalho para assumir papel de regulador de interesses e objetivos econômicos.

Nesse sentido, o novo artigo celetista contraria, frontalmente, os objetivos fundamentais da República brasileira. Impede a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, recusando a função social da propriedade privada, que não está autorizada a ser concentrar exclusivamente na geração de lucro, em detrimento do componente humano do processo produtivo.

Segue na contramão também da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como agrava as desigualdades sociais e regionais.

A reforma trabalhista tem o firme propósito de reduzir os custos empresariais com a mão de obra. Deixa de considerar, porém, que o custo da mão de obra no Brasil já está entre os mais baixos do planeta.

Um direito do trabalho deve assegurar um mínimo de proteção legal conferida ao trabalhador em todo o território nacional. A retirada desse mínimo, em regiões cujas condições de trabalho são as mais frágeis tendem a sofrer maiores gravames, pois os sindicatos, enfraquecidos, sem subsídios para o próprio sustento, formados por trabalhadores pulverizados pela terceirização e sem garantia de emprego, não terão condições de resistir à investida patronal.

Somente sindicatos representativos deveriam ter o poder para negociar. E os sindicatos brasileiros, tanto patronais e mais ainda os trabalhistas, não são na maior parte das vezes representativos.

Tal situação fica mais clara nos parágrafos propostos no artigo 611-A. Cita, por exemplo, o parágrafo 2.º o qual dispõe que no exame da convenção ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Ou seja, caso haja redução ou mesmo supressão de direitos nas normas coletivas pactuadas entre empregados e empregadores, a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade, já que não caracteriza um vício do negócio jurídico.

Observa-se da leitura conjunta do §1.º do artigo 611-A e §3.º do artigo 8.º, ambos da CLT, que houve a nítida pretensão em limitar a atuação da Justiça do

Trabalho à análise dos elementos de validade do negócio jurídico, de modo a retirar a prerrogativa de se pronunciar sobre o conteúdo das convenções e acordos coletivos.

Isso significa dizer que a inovação da lei efetivou-se no sentido de proibir ao magistrado apreciar o conteúdo material relacionado com a natureza normativa, o que contraria o disposto no artigo 5.º, inciso XXXV da CF que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Temos assim que a prevalência do negociado sobre o legislado, conforme disposto na reforma trabalhista, é francamente inconstitucional, pois contraria os objetivos da República brasileira e promove o retrocesso social, e constitui um desrespeito à negociação coletiva entre empregados e empregadores e aos acordos e às convenções coletivas de trabalho.

Não é dado ao legislador infraconstitucional, e muito menos às partes, derrogar norma constitucional. Uma convenção ou acordo que o fizesse seria, portanto, eivada de nulidade.

Temos desta feita que a reforma trabalhista, tanto em seu conjunto, como no tocante à norma introduzida pela Lei n.º 13.467/2017 quanto ao negociado sobre o legislado é inconstitucional por contrariar, dentre outros, o princípio do não retrocesso social expressamente previsto no artigo 7.º, caput da CF.

Nesse sentido, o brilhante voto do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira do C. TST, o qual se transcreve em suas principais considerações:

“Isso porque o empregado que exerce cargo comissionado por longo período passa a conviver com um patamar remuneratório mais elevado, no qual pautava toda a sua vida e, ainda que seja legítima a reversão ao cargo efetivo, o prejuízo financeiro é direto e imediato, o que colide com a regra do art. 468, da CLT, que busca minimizar as consequências que lhe podem ser propiciadas. Na verdade, a validade da modificação é afastada, em virtude da citada regra legal.

Contudo, além dessa diretriz, outra base principiológica pode ser aplicada ao caso em tela: o princípio da vedação do retrocesso social.

Em 1988, o constituinte assinalou, como premissa do Estado brasileiro, a garantia do exercício dos direitos sociais, o que significa estabelecer uma diretriz a ser perseguida, inclusive pelo Poder Judiciário: torná-los efetivos, concretos, realizados, implementados, elevados que foram à condição de direitos fundamentais, na clássica linha evolutiva traçada por Bobbio. Consagrou, portanto, o princípio da máxima efetividade.

A atividade interpretativa deve ser realizada vendo-se o sistema como um todo, e não a partir de regras isoladas ou consideradas num único contexto, como assinala Eros Roberto Grau:

“[...] a interpretação de qualquer texto de direito impõe ao intérprete, sempre, em qualquer circunstância, o caminhar pelo percurso que se projeta a partir dele - do

texto - até à Constituição. Um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum.

E é exatamente essa efetividade que impede, por meio da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social (da não retrocessão social ou, para J. J. Canotilho, proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária), a aplicação da regra em foco.

Significa afirmar que a legislação que atribuir densidade (ou densificação) aos direitos de ordem fundamental não pode ter a sua eficácia afastada por qualquer outra.

Estabelecido um determinado patamar de concretude de um direito fundamental, não se admite possa dele retroceder, como leciona, em outras palavras, Jorge Miranda:

“Não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74, jul./dez.2010 70 do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.”

Para Luís Roberto Barroso,

“[...] é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: frequentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar.”

Não se trata, é certo, de um princípio expresso no Texto Constitucional. Por isso, o mesmo autor diz ser decorrência do sistema jurídico-constitucional e exemplifica: “[...] se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.”

É o que também assinala Marthius Sávio Cavalcante Lobato, que se vale de Ana Paula de Barcelos:

“O princípio da proibição do retrocesso social não é um princípio constitucional expresso, podendo vir a ter suas potencialidades estabelecidas a partir do momento que se estabeleça como princípio densificador do Estado de Direito.”

Pressupõe, desta forma, que os princípios constitucionais que cuidam de direitos fundamentais são concretizados por meio de normas infraconstitucionais, ou seja, os efeitos que se pretende produzir são especificados por meio de legislação ordinária. Buscam progressiva ampliação dos direitos em questão, tal como preconiza o caput do art. 7º da CFB/88.

Essa ampliação progressiva instituída no dispositivo mencionado também é mencionada por Luís Roberto Barroso, que também indica o art. 5º, § 2º, da Constituição.

Mais uma vez, recorre-se à lição do jurista lusitano, que estabelece a dimensão desse princípio:

“O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos. [...]

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.”

Na mesma diretriz, Ingo Sarlet adverte:

“Negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de um modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando o retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.”

Para ele, “encontra-se vedada a possibilidade de o legislador infraconstitucional desconstituir pura e simplesmente o grau de concretização que ele próprio conferiu às normas constitucionais, principalmente quando o atendimento do objetivo constitucional depende, em princípio, dessa densificação.”

Se tal fosse possível, “estaríamos diante da hipótese de um verdadeiro golpe contra a nossa Lei Fundamental”. À medida que revogasse a norma de concretização poderia ser impugnada judicialmente, alegando-se a sua inconstitucionalidade.

Vital Moreira e J.J. Gomes Canotilho esclarecem que a realização do Estado social é um “processo, um caminhar no sentido de crescente justiça social e constituindo cada avanço nessa direcção um aperfeiçoamento do Estado de direito democrático”, radicando-se como elemento adquirido desse Estado. Concluem, então, que “qualquer retrocesso no caminho percorrido não se limita a contrariar o princípio constitucional da democracia econômica, social, cultural; infringe também directamente o princípio do Estado de direito democrático”.

O próprio STF já se pronunciou a respeito da aplicação desse princípio, ao estabelecer interpretação conforme os direitos fundamentais e fixar a impossibilidade de retrocesso na conquista da proteção à maternidade e, conseqüentemente, à gestante, como se constata:

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05.10.1988, cujo art. 6º determina: Proteção à maternidade deve ser realizada ‘na forma desta Constituição, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias’. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a EC n. 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da EC 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará, sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da CF/88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou, agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional n. 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (grifos postos)

Também em Portugal, o Tribunal Constitucional teve oportunidade de pronunciar-se sobre o tema, ao declarar inconstitucional diploma legal que implicava revogação de norma de concretização de direito fundamental, sob a justificativa de que o Estado não pode voltar atrás, descumprir o que já havia cumprido, passando à condição de devedor, como assinala Maria da Graça Bellino de Athayde de Antunes Varela, para quem representa um “[...] desdobramento do efeito de irradiação das normas fundamentais de direito social [...] Assegurado o direito social na Carta Magna, a legislação infraconstitucional que o densificar não pode ser revogada sem que sejam garantidos os mesmos efeitos, ainda que sob outra forma de atuação estatal.

Deve-se ressaltar, no entanto, e mais uma vez, que não há uma proibição de modificação da legislação e sim uma vedação a que essa modificação implique perda do nível de concretização do direito social.

A caracterização do retrocesso estaria no fato de afastar-se a tese consagrada em casos que tais, que tem a sua regência determinada a partir do art. 468, da CLT, o qual autoriza a declaração da ilegalidade da modificação promovida pelo empregador e assegura o direito à íntegra do valor correspondente à função de confiança exercida, substituindo-o pela norma interna, que criou o cálculo proporcional ao período de exercício.” (Brasília. TST-RR-1235/2004-028-04-00.4. ALBERTO LUIZ BRESCIANI DE FONTAN PEREIRA Ministro Relator)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prevalência do negociado sobre o legislado, conforme disposta no texto dos artigos 611-A e 611-B da CLT, evidencia o propósito escancarado de reduzir direitos da classe obreira, sem qualquer tipo de salvaguarda que permita aos trabalhadores resistirem contras as investidas dos empregadores. Em verdade, verifica-se real contrariedade aos objetivos fundamentais do Estado e promove o retrocesso social.

Por tudo quanto exposto e em consonância com o princípio da vedação do retrocesso social resta claro que a Lei n.º 13.467/2017, em especial no que se refere ao negociado sobre o legislado, assim como todas as normas que reduzem ou suprem direitos assegurados pela legislação infraconstitucional encontram óbice intransponível no sistema de proteção dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e são incompatíveis com a ordem Constitucional vigente, visto que esta veda expressamente a redução dos direitos sociais já efetivados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html.

____.Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03_decreto-lei/Del5452.html

____. Lei n.º 13.467/2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.html

LOURO, Henrique da Silva. Reforma trabalhista – extensão e limites do negociado sobre o legislado. Migalhas. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16>,

STUDART, Ana Paula Didir. O negociado sobre o legislado: o que isso significa? Torres & Pires. Disponível em <http://www.torresepires.adv.br/o-negociado-sobre-o-legislado-o-que-isso-significa>

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. TUPIASSÚ, Cássia Fonseca Tourinho. Os direitos sociais trabalhistas como direitos fundamentais na Constituição de 1988, sua eficácia e a proibição do retrocesso social. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n-link=revista>

DELGADO, Mauricio Godinho. Constituição da república, Estado Democrático de Direito e Negociação Coletiva Trabalhista. Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9.º Região – Negociado x Legislado I. Reforma Trabalhista. V.6 – n.57 – fevereiro de 2017, p.7

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Análise do Projeto de Reforma Trabalhista. Disponível em <http://www.jorgesoutomaior.com/blog/analise-do-projeto-de-reforma-trabalhista>

GERELLI, Daniela Costa. GUASS, Rivadavio A. de Oliveira. A reforma trabalhista e o princípio do não retrocesso social. Disponível em <http://www.cntsscut.org.br/ponto-de-vista/artigos/475/a-reforma-trabalhista-e-o-principio-do-nao-retrocesso-social>

BRASÍLIA. Tribunal Superior do Trabalho. TST-RR-1235/2004-028-04-00-4. Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, ano 2009. Disponível em <http://www.tst.jus.br>.

MELO, Geraldo Magela. A vedação ao retrocesso e o direito do trabalho. Revista Tribunal Regional Trabalho 3.ª Reg. Belo Horizonte, v.52, n.82, p.65-74. Jul/dez.2010.