

ANDRÉ CERVANTES
DE OLIVEIRA



**A PREVALÊNCIA DO
NEGOCIADO SOBRE
O LEGISLADO COMO
VIOLAÇÃO DE
PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS.**

André Cervantes De Oliveira

**A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO
SOBRE O LEGISLADO COMO
VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS**

1ª Edição

Belém-PA
Home Editora
2023

© 2023 Edição brasileira
by Home Editora

© 2023 Texto
by Autor

Todos os direitos reservados

Home Editora

CNPJ: 39.242.488/0002-80

www.homeeditora.com

contato@homeeditora.com

9198473-5110

Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque Verde, Belém - PA, 66635-110

Editor-Chefe

Prof. Dr. Ednilson Ramalho

Diagramação e capa

Autor

Revisão de texto

Autor

Bibliotecária

Janaina Karina Alves Trigo Ramos

Produtor editorial

Nazareno Da Luz

Catálogo na publicação

Elaborada por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

O48p

Oliveira, André Cervantes de

A prevalência do negociado sobre o legislado como violação de princípios constitucionais / André Cervantes de Oliveira. – Belém: Home, 2023.

86 p.; 16 X 23 cm

Livro em pdf

ISBN: 978-65-85712-16-3

DOI: 10.46898/home.96048756-000c-4b4e-8690-b43c54d009dd

1. Direito trabalhista. I. Oliveira, André Cervantes de. II. Título.

CDD 344

Índice para catálogo sistemático

I. Direito trabalhista



Todo o conteúdo apresentado neste livro é de responsabilidade do(s) autor(es).
Esta obra está licenciada com uma Licença Creative Commons Atribuição-SemDerivações 4.0 Internacional.

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ednilson Sergio Ramalho de Souza - UFOPA
(Editor-Chefe)

Prof. Dr. Laecio Nobre de Macedo-UFMA

Prof. Dr. Aldrin Vianna de Santana-UNIFAP

Prof. Dr. Carlos Erick Brito de Sousa-UFMA

Prof^a. Dra. Renata Cristina Lopes Andrade-FURG

Prof. Dr. Clézio dos Santos-UFRRJ

Prof. Dr. Rodrigo Luiz Fabri-UFJF

Prof. Dr. Manoel dos Santos Costa-IEMA

Prof. Dr. Rodolfo Maduro Almeida-UFOPA

Prof. Dr. José Moraes Souto Filho-FIS

Prof. Dr. Deivid Alex dos Santos-UEL

Prof^a. Dra. Maria de Fatima Vilhena da Silva-UFPA

Profa. Dra. Dayse Marinho Martins-IEMA

Prof. Dr. Daniel Tarciso Martins Pereira-UFAM

Prof^a. Dra. Elane da Silva Barbosa-UERN

“Acreditamos que um mundo melhor se faz com a difusão do conhecimento científico”.

Equipe Home Editora

RESUMO

A prevalência do negociado sobre o legislado trata da possibilidade, concedida pela Constituição Federal, de que aspectos acordados em negociações coletivas trabalhistas possam prevalecer sobre lei expressa. Tal assunto não é matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro, porém, os limites para sua utilização sempre foram motivo de debate na doutrina e jurisprudência nacional.

Com o advento da Reforma Trabalhista - Lei 13.467/17 – foram inseridos na CLT os artigos 611-A e 611-B, que versam sobre o tema de forma a ampliar o campo de atuação da autonomia privada coletiva, permitindo que normas autônomas coletivas prejudiciais ao trabalhador prevaleçam sobre normas heterônomas imperativas.

Nesse contexto, o objetivo do presente estudo é analisar os novos limites da prevalência do negociado sobre o legislado, identificando se afrontam normas basilares do direito brasileiro, de modo a identificar se os dispositivos 611-A e 611-B são harmônicos com o ordenamento em que estão sendo inseridos.

Palavras-chave: Lei 13.467/2017. Art. 611-A da CLT. Art. 611- B da CLT. Negociado sobre o Legislado. Violações normativas.

ABSTRACT

The prevalence of the negotiated over the legislated deals with the possibility, granted by the Federal Constitution, that aspects agreed in labor collective bargaining may prevail over the legislation. This issue is not a recent issue in the Brazilian legal system, but the limits to its use have always been a matter of debate in national doctrine and jurisprudence.

With the advent of the Labor Reform – Act n. 13.467/17 - sections 611-A and 611-B were inserted in the CLT, which deal with the subject in order to broaden the field of action of collective private autonomy, allowing harmful collective autonomous norms prevail over imperative heteronomous norms.

In this context, the objective of the present study is to analyze the new limits of the prevalence of the negotiated over the legislated, identifying if they meet basic norms of Brazilian law, in order to identify if the devices 611-A and 611-B are harmonic with the ordering in that are being inserted.

Keywords: Act n. 13.467/2017. Section 611-A of the CLT. Section 611-B of the CLT. Collective Bargaining over the law. Regulatory violations.

SÚMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA CONQUISTA À REFORMA DOS DIREITOS TRABALHISTAS.....	13
1.1 BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO.....	13
1.2 O MARCO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL.....	17
1.3 CONTEXTO POLÍTICO E ECONÔMICO EM QUE OCORREU A REFORMA	21
1.3.1 Uma reforma gestada nos computadores das confederações patronais	23
1.4 IMPACTOS INSTITUCIONAIS E JURÍDICOS DA REFORMA TRABALHISTA.....	25
1.4.1 Posicionamento da ANAMATRA.....	26
1.4.2 Relatório do Comitê de Peritos da OIT	28
1.4.3 Ações Diretas de Inconstitucionalidade	30
2 A INTEGRAÇÃO NORMATIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA	32
2.1 HIERARQUIA DE NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO	32
2.2 PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	37
2.2.1 Distinção entre normas e princípios	38
2.2.2 Princípios como norte para criação e aplicação de regras	41
2.2.3 Princípios constitucionais afetos ao Direito do Trabalho	43
2.2.3.1 Princípio da proteção.....	43
2.2.3.2 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas	46
2.2.3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.....	47
2.2.3.5 Princípio da vedação ao retrocesso social	48
2.2.3.6 Princípio da legalidade	49
2.2.3.7 Princípio da igualdade e da isonomia.....	49
2.2.3.8 Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.....	51
2.2.4 Princípios específicos do Direito do Trabalho afetos à negociação coletiva.....	52
2.2.4.1 Princípio da interveniência sindical da normatização coletiva.....	52
2.2.4.2 Princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva.....	52
2.2.4.3 Princípio da criatividade jurídica da normatização coletiva.....	53
2.2.4.4 Princípio da adequação setorial negociada.....	53
3 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO.....	54
3.1 AS POSSIBILIDADES DE PREVALÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA	55
3.1.1 Limites à Autonomia Privada Coletiva	55

SUMÁRIO

3.2 ANÁLISE DOS ARTIGOS 611-A E 611-B E A EXTENSÃO DO INSTITUTO APÓS A REFORMA TRABALHISTA.....	61
3.3 VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL TRABALHISTA	68
3.3.1 Violação ao princípio da norma mais favorável	69
3.3.2 Violação ao princípio da irrenunciabilidade (e indisponibilidade) dos direitos trabalhistas	70
3.3.3 Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.....	71
3.3.4 Violação ao princípio da vedação ao retrocesso social.....	72
3.3.5 Violação ao princípio da legalidade	73
3.3.6 Violação ao princípio da adequação setorial negociada.....	75
3.4 INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 611-A E 611-B DA CLT: SUBVERSÃO À HIERARQUIA DAS NORMAS E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO	76
CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	82
a) BIBLIOGRAFIA.....	82
b) LEGISLAÇÃO.....	86
c) JURISPRUDÊNCIA	86

INTRODUÇÃO

A Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, batizada como Reforma Trabalhista, alterou substancialmente inúmeros pontos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei 5.452, de 1º de maio de 1943, sob o argumento de modernizar o texto legal, adequando-o às novas relações de trabalho.

A reforma em comento foi aprovada em meio a uma grave crise política e econômica que assolava o país, tendo um processo de aprovação bastante atípico em virtude da velocidade em que seu texto foi elaborado, modificado, discutido e aprovado.

No bojo de seu texto, a Reforma Trabalhista carrega inúmeras alterações a normas trabalhistas e constitucionais, entrando em uma área cinzenta, em que se discute se tais alterações são passíveis de conviver em harmonia, ou terão que ser anuladas para que o ordenamento jurídico continue coeso.

Pouco após sua promulgação, a Reforma Trabalhista foi alvo de inúmeras críticas, provenientes das mais diversas instituições concernentes ao Direito do Trabalho. Dentre os pontos mais criticados, encontra-se a readequação dos limites para a prevalência do negociado sobre o legislado. O instituto da prevalência, não foi uma novidade trazida pela Reforma ao ordenamento jurídico brasileiro, haja visto, já estar contido de forma expressa na Constituição Federal desde sua promulgação em 1988.

Ocorre que, até a Reforma, a prevalência do negociado sobre o legislado só era aceita nos casos em que a negociação coletiva aumentasse o patamar mínimo civilizatório estipulado pela Constituição, no intuito de proteger o trabalhador, visto ser a parte hipossuficiente da relação trabalhista.

Nesse contexto normativo, surge a Lei 13.467/17 que inseriu os artigos 611-A e 611-B na CLT. Ao tratarem sobre o tema, os dispositivos trouxeram para o panorama trabalhista novos limites às negociações coletivas, passando a permitir que sejam realizadas negociações que diminuam o patamar mínimo civilizatório estipulado pela legislação, ou seja, admitem que direitos dos trabalhadores sejam suprimidos, sem necessidade de uma contraprestação expressa por parte do empregador, bem como, desregulam questões ligadas a saúde, higiene e segurança do trabalho.

Assim, o problema que orientou a pesquisa é: A prevalência do negociado sobre o legislado, conforme estipulado pela Reforma Trabalhista, viola princípios basilares do direito brasileiro?

A hipótese básica que se tinha ao início do trabalho é que a inserção dos artigos 611-A e 611-B na CLT, por meio da Lei 13.467/2017, permite que negociações coletivas reduzam direitos e garantias assegurados legalmente, violando, dessa forma, princípios basilares do direito pátrio.

O método utilizado foi o dedutivo: partiu-se da análise dos princípios constitucionais e trabalhistas para averiguar se os artigos 611-A e 611-B adéquam-se a eles. Tal análise foi realizada a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, sendo também utilizada matérias jornalísticas para caracterizar o contexto em que a Reforma Trabalhista foi proposta e aprovada.

São objetivos da presente pesquisa: (i) analisar a conquista dos direitos trabalhistas ao longo da história, até a conquista do *status* de norma constitucional, (ii) demonstrar o contexto político-econômico em que a Reforma Trabalhista foi proposta e aprovada, (iii) Explicar a hierarquia existente entre as normas jurídicas (iv) demonstrar a distinção entre regras e princípios, enfatizando a importância dos princípios para o direito, (v) conceituar o instituto do negociado sobre o legislado, (vi) discutir os limites da autonomia privada coletiva antes e depois da Reforma Trabalhista.

Dito isso, partindo da problemática proposta, o presente estudo objetiva de maneira principal, demonstrar a afronta dos dispositivos 611-A e 611-B, inseridos na CLT por meio da Reforma Trabalhista, a princípios basilares do Direito pátrio, de modo a concluir que estes dispositivos não podem coexistir com o modelo normativo-principiológico constitucional brasileiro.

Para isso, o estudo começará expondo de que forma ocorreu a conquista dos direitos trabalhistas ao longo da história, partindo do período escravocrata, no qual os trabalhadores eram vistos como mercadorias, até o momento em que esse ramo do direito ganha proteção constitucional, emergindo ao *status* de direito fundamental.

Ao chegar aos tempos atuais, contextualizar-se-á o momento político-econômico em que o Brasil se encontrava durante o processo de aprovação da Reforma Trabalhista, apontando irregularidades que ocorreram durante a elaboração do seu texto. Por fim, o primeiro capítulo explicitará as críticas realizadas pelas instituições mais importante ligadas ao Direito do Trabalho, no Brasil e no mundo, ao texto da Lei 13.467/17.

No segundo capítulo, explicar-se-á a hierarquia normativa do ordenamento jurídico. Para tanto, utilizar-se-á a pirâmide normativa de Kelsen com o fito de esclarecer a necessidade de respeito e subordinação da norma inferior à norma superior, até que se chegue ao ápice da pirâmide, onde se encontra a Constituição.

Nesse contexto, o estudo explicará a distinção entre regras e princípios, utilizando-se das teorias de Alexy e Dworkin, demonstrando a importância dessa segunda espécie de norma para a criação da primeira. *A posteriori*, se elucidará a respeito dos princípios constitucionais basilares ao Direito do Trabalho, bem como, princípios do Direito do Trabalho afetos à negociação coletiva, de modo a exprimir a importância desses institutos para o alcance da harmonia e coerência dentro de um mesmo ordenamento.

O terceiro capítulo, por sua vez, explanará sobre o instituto da prevalência do negociado sobre o legislado, demonstrando quais os limites da autonomia privada coletiva antes da Reforma, expondo entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre o tema. Após, demonstrar-se-ão as novas extensões e limites trazidos pelos dispositivos 611-A e 611-B sobre o instituto da prevalência e as violações cometidas por esses dispositivos a inúmeros princípios vitais para o direito trabalhista e constitucional, respondendo a problemática trazida e confirmando a hipótese básica inicial.

1 DA CONQUISTA À REFORMA DOS DIREITOS TRABALHISTAS

Para uma abordagem apropriada do objeto do presente estudo, faz-se necessária uma análise da origem histórica do Direito do Trabalho, demonstrando a forma como ocorreu a conquista dos direitos trabalhistas e a evolução dessas garantias até alcançarem *status* constitucional.

Somente com a análise do desenvolvimento dinâmico ao longo do tempo, partindo de sua gênese, passando pelas mudanças nos meios de produção e condições de trabalho enfrentadas pelos trabalhadores, é que se consegue compreender a construção e as alterações que culminaram na concepção de Direito do Trabalho hodierna.

1.1 BREVE HISTÓRICO DO TRABALHO E DO DIREITO DO TRABALHO

Antes de existir um conjunto de regras que regulamentassem as relações trabalhistas, conhecido hoje como Direito do Trabalho, existia apenas o trabalho como modo de punição e exploração do ser humano, e é nesse contexto que se inicia o presente estudo.

Em seus primórdios, o trabalho era considerado uma espécie de castigo. Conforme o texto bíblico de Gênesis, Adão, após ter comido o fruto proibido, recebeu como punição o ônus de ter que trabalhar para comer.

Na mesma toada, a origem etimológica da palavra trabalho também possui conotação negativa, haja vista, ser proveniente do latim *tripalium*, que se remete a “uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais. Era um instrumento usado pelos agricultores para bater, rasgar e esfiapar o trigo, espiga de milho e o linho”. (Cf. MARTINS, 2012, p. 4)

Em termos históricos, a primeira forma de trabalho existente foi a escravidão, na qual o escravo era considerado mera mercadoria de propriedade de seu dono, sem ser possuidor de qualquer direito. Esse “regime” de trabalho foi utilizado durante décadas pelas sociedades gregas e romanas, tendo nos escravos a mão-de-obra bruta da sociedade, porém sem conceder-lhes direito algum.

Posteriormente, a humanidade passou a se organizar em feudos, surgindo uma nova forma de trabalho conhecida como servidão. Neste período, os senhores feudais davam proteção política e militar a seus servos, que mesmo deixando de ser tratados como mercadorias, eram subordinados, não possuíam liberdade e ainda deveriam entregar grande parte da produção rural aos seus senhores, ficando somente com o necessário para sua subsistência.

Com o desenvolvimento das sociedades, já na Idade Média, passaram a existir as corporações de ofício, uma forma de trabalho mais complexa, na qual o trabalhador possuía maior liberdade.

As corporações de ofício buscavam agrupar os trabalhadores do mesmo ramo e localidade, para criar um estatuto com algumas normas que disciplinariam as relações de trabalho. Nesta organização figuravam três personagens, os mestres, os companheiros e os aprendizes.

“Os mestres eram os proprietários das oficinas, que já tinham passado pela prova da obra-mestra. Os companheiros eram trabalhadores que recebiam salários dos mestres. Os aprendizes eram os menores que recebiam dos mestres o ensino metódico do ofício ou profissão” (MARTINS, 2012, p. 5)

Nesse contexto pode-se dizer que os trabalhadores possuíam maior liberdade, porém, não deve fugir à percepção, o fato de que tais corporações existiam para garantir os interesses das próprias corporações e não para conferir qualquer proteção aos trabalhadores.

Ao final do Século XVIII, as ideologias da Revolução Francesa, dissolveram as corporações de ofício, concretizando tal feito por meio da Lei Le Chantelier (1781), que em seu artigo primeiro estipulava “A aniquilação de todas espécies de corporações de cidadãos do mesmo estado ou profissão, sendo uma das bases fundamentais da constituição francesa, são proibidas de serem restabelecidas de fato, sob quaisquer pretexto e forma que seja”. Essas medidas se baseavam na alegação de que “a liberdade individual repele a existência de corpos intermediários entre indivíduo e Estado.” (MARTINS, 2012, p. 5)

Dessa forma, com os ideais de liberdade igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa passou a permitir que o homem fosse livre para realizar qualquer profissão, desde que cumprisse com o pagamento das taxas e respeitasse os regulamentos aplicáveis.

Nesse cenário emerge, por volta de 1820, a Revolução Industrial, trazendo consigo inúmeras mudanças extremamente significativas para todas as esferas da sociedade, impactando principalmente a esfera trabalhista.

Segundo Raquel Veras Franco (2013) pode-se dizer que

se juridicamente o Direito do Trabalho é tributário do Civil (...), historicamente, pode-se dizer, seu engendramento (bem como o da própria Justiça do Trabalho), está intrinsecamente relacionada ao advento da Revolução Industrial em fins do século XVIII – episódio que foi o marco de uma série de acontecimentos que, nos anos seguintes, provocaram mudanças profundas e dramáticas em todo o mundo.

A Revolução Industrial mecanizou trabalhos anteriormente realizados por pessoas. Nos campos, os agricultores foram trocados por máquinas e se viram forçados a fugir para cidade em busca de novas oportunidades, ao passo que, nas cidades, o mesmo acontecia, as máquinas a vapor de James Watt já geravam milhares de desempregados, que passaram a viver à margem da sociedade.

Com o aumento cada vez maior do exército de desempregados, ocorria uma alta procura por empregos, que aliada a falta de proteção estatal, fazia com que os empregadores pudessem submeter seus funcionários a condições extremamente degradantes, forçando-os a trabalhar em “condições insalubres, sujeito a incêndios, explosões, intoxicação por gases, inundações, desmoronamentos, prestando serviços por baixos salários e sujeito a várias horas de trabalho” (MARTINS, 2012, p. 6-7).

Era uma época sombria para os trabalhadores, que sofriam inúmeros riscos na realização de suas funções, visto não terem uma proteção mínima com relação à saúde, higiene e segurança do trabalho, propensos a contrair doenças, ou a sofrer acidentes de trabalho, sem garantia alguma, afinal, caso se tornassem inaptos para o labor, seriam prontamente substituídos por outro, que trabalharia sob os mesmos riscos até a exaustão.

As cidades da época retratavam os problemas enfrentados pelos trabalhadores dentro das fábricas. Enquanto um aglomerado de desempregados vivia à margem da sociedade, sem oportunidades de almejar uma condição de vida melhor, aqueles que possuíam emprego, viviam também em péssimas condições, tendo em vista, muitas vezes, as condições subumanas que lhes eram impostas, permanecendo enfiados durante horas em fábricas úmidas e sujas. Tal realidade é sentida nas palavras de Alexis de Toqueville (apud HOBBSAWM, 2002, p.26) ao retratar a cidade de Manchester durante esse período:

Desta vala imunda, a maior corrente da indústria humana flui para fertilizar o mundo todo. Deste esgoto imundo, jorra ouro puro. Aqui a humanidade atinge o seu mais completo desenvolvimento e sua maior brutalidade. Aqui a civilização faz milagres e o homem civilizado torna-se quase um selvagem.

Nesse ponto, era evidente a necessidade de uma intervenção estatal, capaz de regular as relações de trabalho e coibir os abusos que vinham sendo cometidos pelos empregadores.

Foi então que, ainda encorajados com os ideias iluministas que ecoavam desde a Revolução Francesa, começaram a surgir movimentos da classe operária clamando para que o Estado passasse a intervir nas relações de trabalho, buscando o bem-estar social. Essa pressão operária tentava forçar que o “Estado ampliasse as funções que a ele eram tradicionalmente

atribuídas pela doutrina liberal: além da segurança, justiça e construção de obras públicas, ele deveria distribuir renda, melhorar o nível de vida dos menos favorecidos.” (HOBSBAWM, 2002, p. 230).

Com a mobilização cada vez mais forte dos movimentos proletariados, o Estado passou a interferir, de forma ainda acanhada, nas relações de emprego. Leis esparsas começaram a surgir em diversos países, na tentativa de suprir a hiporregulamentação que existia, destaca-se a criação do “Moral and Health Act”, elaborado na Inglaterra em 1802, que tratava da proibição do trabalho infantil noturno e jornadas superiores a 12 horas e do “conseils de prud’hommes”, conselho criado na França em 1806 para administrar as associações operárias e solucionar conflitos trabalhistas.

Com o término da Primeira Guerra Mundial, emerge com força um movimento de constitucionalismo social, o qual visava alçar diversos direitos sociais ao patamar de normas constitucionais.

Nesse contexto, surgiu, em 1917, a Constituição do México, a primeira Constituição a trazer em seu bojo diversos Direitos Trabalhistas. Em seu artigo 123 estabelecia

jornada de oito horas, proibição de trabalho de menores de 12 anos, limitação da jornada dos menores de 16 anos a seis horas, jornada máxima noturna de sete horas, descanso semanal, proteção à maternidade, salário-mínimo, direito de sindicalização e de greve, indenização de dispensa, seguro social e proteção contra acidentes do trabalho. (MARTINS, 2012, p. 9)

Dois anos mais tarde, entrou em vigor a Constituição de Weimar na Alemanha, a segunda a tratar sobre o tema dos direitos sociais, disciplinando diversos direitos ao trabalhador em seu conteúdo. No mesmo ano, 1919, foi assinado o Tratado de Versalhes, que criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual ficaria responsável por proteger as relações de trabalho a nível internacional, expedindo recomendações sobre o tema.

O Direito do Trabalho passou a ganhar relevância em discussões internacionais e nos países emergentes, tendo em vista se tratar de um importante ponto para o desenvolvimento sadio da economia.

Em 1927 é instituída a *Carta del Lavoro*, na Itália, que trazia como lema “Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado”. Esse documento tinha como princípio a intervenção do Estado na ordem econômica e no controle do direito coletivo do trabalho, concedendo, em contrapartida, uma série de direitos aos trabalhadores por meio de normas. Os ideais sustentados pela *Carta del Lavoro* serviram de base para “outros sistemas políticos, como os de Portugal, Espanha e, especialmente, do Brasil.” (MARTINS, 2012, p.9).

1.2 O MARCO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Com o passar do tempo, os Direitos Sociais, nos quais se incluem os direitos trabalhistas, passaram a fazer parte do conteúdo das constituições e deixaram de ser tratados apenas em leis ordinárias, em razão de uma tendência global, da qual o Brasil passou a fazer parte a partir de 1934.

Segundo o doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2016, p. 114), “Embora a Lei Áurea não tenha, obviamente, qualquer caráter justralhista, ela pode ser tomada, em certo sentido, como o marco inicial de referência da História do Direito do Trabalho brasileiro.”. Tal afirmação se deve ao fato de que referida lei

constituiu diploma que tanto eliminou da ordem sociojurídica relação de produção incompatível com o ramo justralhista (a escravidão), como, em consequência, estimulou a incorporação pela prática social da fórmula então revolucionária de utilização da força de trabalho: a relação de emprego. (DELGADO, 2016, p. 114-115)

Com a abolição da escravatura, o Brasil começou a receber um alto fluxo de imigrantes, o que inchou a massa de trabalhadores assalariados. Conseqüentemente, houve um aumento do número de desempregados, acarretando o engrandecimento dos movimentos proletários por melhores condições de trabalho. A história demonstra que ao final do século XIX acontecia no Brasil, o que aconteceu na Europa anos antes.

Somado a isso, em 1919, ano de criação da OIT, o Brasil tornou-se signatário do Tratado de Versalhes, passando a ter além de pressão interna, pressão externa para intervir nas relações de trabalho aqui existentes.

Dessa forma, passou-se a elaborar inúmeras leis esparsas para regulamentar situações específicas sobre o Direito do Trabalho. Dentre os avanços mais importantes, frisa-se a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, em 1930, que passou a expedir decretos sobre as relações trabalhistas, dando diretrizes sobre diversos temas até então intocados no direito pátrio e passando a oferecer uma proteção maior a parte hipossuficiente da relação.

Vale salientar que como consequência dos decretos desse ministério, passou-se a ter regulamentação sobre o trabalho das mulheres, o salário mínimo e foi criada a justiça especializada para dirimir conflitos deste ramo do direito, a Justiça do Trabalho.

Após inúmeros avanços, em 1934, sob o comando do presidente Getúlio Vargas, o Brasil teve sua primeira Constituição com normas específicas sobre Direito do Trabalho, as quais se localizavam no “capítulo sobre a *ordem econômica e social*, segundo diretrizes que

paradoxalmente contraponham, de um lado, o *corporativismo*, de outro lado, o *pluralismo sindical*” (NASCIMENTO, 1989, p. 8).

Deste texto legal, destacam-se dispositivos sobre o direito coletivo do trabalho que versam sobre “a garantia a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos (art. 120, parágrafo único), o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho (art. 121, j), omitindo-se no entanto, quanto à greve” (NASCIMENTO, 1989, p. 8). Com relação as normas individuais do trabalho, o texto referiu-se

a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada diária de oito horas, a proibição do trabalho noturno para menores de dezesseis anos, a proibição do trabalho insalubre para menores de dezoito anos e para as mulheres, o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, as férias, a indenização e o princípio da regulamentação do exercício de todas as profissões. (NASCIMENTO, 1989, p. 8)

Referido texto constitucional trouxe ainda, pela primeira vez, a Justiça do Trabalho como instância competente para dirimir questões entre patrões e empregados. Enfim, chegavam ao Brasil, de maneira mais efetiva, os efeitos do constitucionalismo social.

Três anos mais tarde, 1937, após o golpe de Estado do mesmo presidente, o Brasil vê surgir uma nova Carta Constitucional, dessa vez com cunho intervencionista e corporativista, “inspirada na *Carta del Lavoro* de Mussolini de 1927, e na Constituição polonesa” (MARTINS, 2012, p. 11), a qual instituiu o sindicato único, vinculado ao Estado, que exercia funções delegadas de poder público, sendo possível a intervenção estatal direta em suas atribuições. Junto com isso, criou-se o imposto sindical obrigatório e as greves foram proibidas por serem consideradas incompatíveis com os interesses nacionais. Ao mesmo tempo, o Estado impunha de forma normativa as condições mínimas aceitáveis para o desenvolvimento do trabalho no país.

Nesse momento, o Brasil apresentava um cenário que possuía inúmeras normas com conteúdo trabalhista, porém, encontravam-se espalhadas de forma dispersa na legislação nacional. Por esse motivo, em 01 de maio de 1943, o então presidente Getúlio Vargas, editou o Decreto-Lei n. 5.452, aprovando a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Como bem explicam os doutrinadores Amauri Mascaro Nascimento e Sônia Mascaro Nascimento (2014, p. 52) “A Consolidação não é um código, porque, não obstante a sua apreciável dimensão criativa, sua principal função foi a reunião das leis existentes e não a criação, como num código, de leis novas”. Para isso, na sua elaboração, foram utilizados três elementos basilares, quais sejam, as conclusões do 1º Congresso Brasileiro de Direito Social,

realizado em maio de 1941, as convenções da OIT e a Encíclica *Rerum Novarum* (em português, "Das Coisas Novas"), que foi uma carta aberta, escrita em 1891 pelo Papa Leão XIII, direcionada a todos os bispos, tratando sobre as condições das classes trabalhadoras.

Em meio a importante evolução do Direito do Trabalho no cenário nacional, o Brasil ganha nova Constituição em 1946, a qual foi considerada a mais democrática até então, visto que possuía em seu bojo temas como, "a participação dos trabalhadores nos lucros (art. 157, IV), repouso semanal remunerado (art. 157, VI), estabilidade (art. 157, XII), direito de greve (art. 158) e outros direitos que estavam na norma constitucional anterior." (MARTINS, 2012, p. 12), bem como, retirava a Justiça do Trabalho do Poder Executivo e a incluía no Judiciário.

Nos anos que seguiram, o Brasil continuou a viver de forma intensa o reconhecimento de uma série de direitos trabalhistas por meio de leis ordinárias, quando, em 1964, ocorre o Golpe Militar, que fez com que essa produção normativa fosse impactada.

Sabe-se que o regime militar retirou inúmeros direitos políticos e civis dos cidadãos brasileiros, no entanto, no que tange ao Direito do Trabalho, ainda que alterações tenham ocorrido, muitas delas tiveram o condão de proteger o trabalhador.

Os primeiros passos galgados pelo regime na seara trabalhista, versaram sobre a regulação do direito de greve, por meio da Lei n. 4.330 de 01/06/1964, bem como, a criação da Lei n. 4.589 de 01/12/1964, que extinguiu os organismos de imposto sindical e criou os Departamentos Nacionais de Emprego e Salário, de Segurança e Higiene no Trabalho.

Posteriormente, o regime constituiu o que seria uma das suas principais influências ao Direito do Trabalho moderno, que foi a introdução do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), através do Decreto n. 59.820 de 20/12/1966, permitindo que o trabalhador optasse entre aderir ao novo fundo, ou continuar com o antigo regime.

Logo após a regulamentação do FGTS, veio a nova Carta de 1967, a qual trouxe mudanças

na composição do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais e na forma de nomeação criando a carreira de magistrados do trabalho. Além disso, houve restrição ao recurso extraordinário ao supremo, proibição de greve nos serviços públicos e atividades essenciais, salário família aos dependentes do trabalhador, proibição das diferenças salariais, aposentadoria da mulher aos trinta anos de contribuição, contribuição sindical e voto sindical secreto. (SILVA, 2010, p. 62).

Todas essas modificações da segunda metade da década de 1960, alteraram consideravelmente o cotidiano e a vida do trabalhador brasileiro, que precisava se atualizar diante de tamanha alteração do sistema normativo trabalhista.

Portanto, “verifica-se que no período vivenciado sob o Regime Militar a cidadania foi reprimida, com os direitos civis e políticos duramente sufocados. Por sua vez, o direito fundamental ao trabalho prescritos na Constituição de 1946 foi mantido”. (PEDROSO, 2012, p. 459).

Passado o regime militar, o Brasil voltou ao processo de redemocratização, sendo, em 1988, aprovada a atual Constituição do país, apelidada de Constituição Cidadã, a qual foi pautada em princípios políticos, econômicos e sociais da Nova República.

Importante salientar que para a elaboração da nova Carta constitucional foi constituída a Assembleia Nacional Constituinte, esta tinha a função de modificar a ordem constitucional existente no país e para tanto, passou por longo e complexo processo até a aprovação do texto final. A complexidade do processo é perceptível nas palavras do autor Amauri Mascaro Nascimento (1989, p. 15) ao expor que

esta (Assembleia Nacional Constituinte) iniciou um trabalho de preparação partindo do nada, através de vinte e quatro Subcomissões que se encarregaram de votar um primeiro texto. Esses textos originários foram reunidos por oito Comissões Temáticas, cada uma composta de três Subcomissões. Os temas trabalhistas foram confiados à Subcomissão dos Direitos dos Trabalhadores e Serviços Públicos, que elaborou um projeto que, apesar de pecar pela inobservância de um critério técnico-jurídico, foi amplo de direitos sociais

Após extenso procedimento de elaboração, a proposta da Subcomissão ainda passou pela aprovação da Comissão da Ordem Social e pela Comissão de Sistematização. Ao final de todo o trâmite legislativo, o texto constitucional foi publicado com os direitos trabalhistas alocados “no Capítulo II, “Dos Direitos Sociais”, do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, ao passo que nas Constituições anteriores os direitos trabalhistas sempre eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social.” (MARTINS, 2012, p.12).

Nesse ponto deve-se ressaltar a grande conquista obtida pelo Direito do Trabalho, haja vista, passar a ser considerado, pela Lei Maior, um direito essencial para o bom funcionamento do Estado, sendo elevado ao grau de direito fundamental.

A respeito dessa conquista alcançada pelos direitos trabalhistas, salienta Maurício Godinho Delgado (2007, p. 15):

São eminentemente constitucionais, não apenas porque reiteradamente enfatizados no corpo normativo da Carta Magna de 1988, mas sobretudo, por fazerem parte do próprio núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição. São princípios que acentuam a marca diferenciadora da Carta de 1988 em toda História do País e de todo constitucionalismo brasileiro [...]

Logo, percebe-se que na elaboração da atual Carta Magna brasileira, os direitos trabalhistas foram tratados com a importância devida, mantendo a categoria de norma constitucional, alcançada em constituições anteriores, e indo além, emergindo ao *status* de norma fundamental, compondo um texto normativo mais coeso e com base ideológica mais sólida que vai ao encontro dos ideais trabalhistas.

No Texto Constitucional de 1988, os direitos trabalhistas se mostram expressos, de forma específica, nos artigos 7º a 11º, de modo que, o art. 7º, que versa sobre direitos individuais, tutela o patamar mínimo civilizatório à condição social do trabalhador, de modo a proibir que qualquer norma jurídica viole seus limites.

Dessa forma, devidamente expostos no texto constitucional na qualidade de normas fundamentais, os direitos trabalhistas passaram a estar no topo da pirâmide normativa, fazendo com que devam ser respeitados no momento da criação, interpretação e aplicação de qualquer outra norma do ordenamento jurídico brasileiro, sem nunca deixar de lado os princípios basilares do texto constitucional como um todo.

1.3 CONTEXTO POLÍTICO E ECONÔMICO EM QUE OCORREU A REFORMA

O processo de elaboração e aprovação da Reforma Trabalhista foi bastante *sui generis*. Ao se analisar a rapidez com que seu texto foi elaborado, alterado, pouco debatido e aprovado, percebe-se que o processo não se deu de maneira costumeira. O motivo de tamanha singularidade deve-se ao contexto político e econômico enfrentado pelo Brasil.

Desde meados do ano de 2014, o Brasil passou a enfrentar uma das crises mais severas de sua história. A recessão econômica acometeu o país de forma bastante significativa, a ponto de levar o Produto Interno Bruto (PIB) a um recuo por dois anos consecutivos. “Em 2015, a economia caiu 3,8%; e em 2016, o Produto Interno Bruto (PIB) recuou 3,6%” (SARAIVA e SALES, 2017). Tamanha crise teve reflexo direto no aumento da taxa de desemprego, que “bateu novo recorde no primeiro trimestre de 2017 e chegou a 13,7% (PAMPLONA, 2017), representando cerca de 14 milhões de desempregados no país. Sendo “considerada a recessão mais longa e profunda desde 1948” (SARAIVA e SALES, 2017).

A crise econômica foi intensificada pela crise política, que se iniciou durante a campanha eleitoral de reeleição da candidata Dilma Rousseff. Nesse período ganhava espaço

nos noticiários a Operação Lava Jato, a qual trazia à tona um enorme esquema de corrupção que atingia, entre outras classes, a classe política de maneira bastante acintosa.

Cumulando a ascensão da crise econômica, aos escândalos políticos que assolavam o país e uma pressão popular, em grande parte, demonstrando insatisfação com o governo vigente, foi instaurado um processo de impeachment, em dezembro de 2015, que viria a ser confirmado em 31 de agosto de 2016, assumindo como chefe do Poder Executivo o vice presidente Michel Temer, que também foi alvo de protestos.

Em meio a essa turbulência, em fevereiro de 2016, o povo brasileiro viu o país ter sua nota de crédito rebaixada pelas agências de classificação de riscos norte americanas, perdendo a fama internacional de bom pagador, tornando-se um investimento menos confiável. Obviamente, tal alteração gerou profunda perda de confiança dos investidores no Brasil, que retiraram seus investimentos, por não possuírem garantia de retorno, aumentando ainda mais a crise institucional do país.

Mas onde entra a Reforma Trabalhista nesse íterim?

No final de 2016, o Presidente Michel Temer foi citado durante as delações ocorridas em função das investigações da Operação Lava Jato, isso gerou uma pressão gigantesca de todas as classes da sociedade, que insatisfeitas com o rumo do país, passaram a criticar de forma mais veemente o governo.

Para não ver seu mandato ter o mesmo fim que o da sua antecessora, o governo Temer começa a lançar propostas de reformas estruturais, que possuíam o escopo de combater o desemprego e alavancar a economia do Brasil. Dentre essas reformas se destacavam a Reforma Trabalhista e a Reforma da Previdência.

O caráter emergencial da situação, fez com que a Reforma Trabalhista fosse utilizada como meio para frear as críticas, principalmente provenientes do empresariado, ficando evidente tal objetivo pelo modo como ocorreu seu procedimento de tramitação e aprovação.

O anteprojeto da Reforma (PL6787/16), proposto em 23/12/2016, com apelido de minirreforma, possuía “miseras 9 páginas, incluindo a justificativa, e alterava apenas 7 artigos da CLT, além de propor uma reformulação na Lei n. 6.019/16 (trabalho temporário).” (MAIOR, 2017). Em 09/02/2017 foi instalada a Comissão Especial da Reforma, sendo eleito o senador Rogério Marinho (PSDB) como relator que, após parcos dois meses de tramitação, apresentou, em 12/04/2017, um relatório final do projeto com “com 132 páginas, incluindo o Parecer, propondo a alteração de mais de 200 dispositivos na CLT, dentre artigos e parágrafos” (MAIOR, 2017).

Referido procedimento torna extremamente questionável o fato de uma Reforma tão impactante para todo o país ser tão pouco debatida. E, ainda, como a Comissão Especial criada conseguiu, em apenas dois meses, encorpar tanto o texto, sem discussões profundas sobre o tema. Aqui ignora-se a falta de consulta popular que deveria ter ocorrido, haja vista, se tratar de um tema que está diretamente ligado a vida do cidadão brasileiro.

Conforme o jurista Jorge Luiz Souto Maior (2017)

O que se verificou ao longo dessa tramitação foi a exclusiva incorporação de demandas que o setor empresarial tinha no que tange às relações de trabalho seja no plano do direito material, seja no campo processual, fazendo-o de modo a majorar o poder dos grandes conglomerados econômicos e, notadamente, das grandes empreiteiras, por meio de dois pilares: a) fragilização jurídica e fragmentação da classe trabalhadora; e afastamento da atuação corretiva e limitadora do Estado (direito e instituições – Justiça do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Auditores Fiscais do Trabalho e advocacia trabalhista), a não ser naquilo que interesse ao capital.

Para corroborar com as afirmações do jurista, em abril de 2017 foi publicada no portal jornalístico “The Intercept Brasil”, uma notícia que explicaria muito sobre as questões nebulosas a respeito do trâmite da Reforma Trabalhista, bem como, quais seriam os verdadeiros autores do seu texto.

1.3.1 Uma reforma gestada nos computadores das confederações patronais

Junto ao contexto político, social e econômico demonstrado acima, deve-se acrescentar o jogo de bastidores existente no mundo legislativo. Nesse entrevero de interesses particulares e coletivos, diversas jogadas políticas ocorrem, sendo muitas delas obscuras e nebulosas quanto a sua idoneidade.

Com a Reforma Trabalhista não foi diferente, diversos interesses estavam em jogo. Durante a sua elaboração, grandes empresas tinham importantes motivos para encabeçar o novo texto que passaria a reger as relações entre o empresariado e seus funcionários, o que fez com que os temas abordados (e excluídos) do Projeto de Lei fossem moeda de troca entre os polos interessados no seu mérito.

Ao examinar mais a fundo o impacto dessas influências externas sobre o Poder Legislativo, o portal jornalístico “The Intercept Brasil” analisou as 850 emendas apresentadas por 82 deputados ao longo da discussão do projeto na comissão especial da Reforma Trabalhista. A partir desta análise, o portal elaborou um artigo no qual expôs como ocorreu o

trâmite para a aprovação da Reforma, apresentando diversos dados e informações omitidos, até então, da sociedade. Esse artigo servirá de base para a exposição do seguinte tópico.

De forma surpreendente - ou não – descobriu-se que 292 propostas (34,5% do total) foram integralmente redigidas em computadores de grandes representantes de confederações patronais, como por exemplo, Confederação Nacional do Transporte (CNT), Confederação Nacional das Instituições Financeiras (CNF), Confederação Nacional da Indústria (CNI) e da Associação Nacional do Transporte de Cargas e Logística (NTC&Logística).

Dentre todas essas propostas mais da metade (52,4%) foram incorporadas ao texto destinado a aprovação no Congresso. Para reforçar tamanho artificialismo das emendas, metade dos parlamentares que assinaram os textos com proposituras de mudança, nem sequer faziam parte da comissão responsável para o encargo. Para se ter uma noção da dimensão da ardileza dos deputados, o texto original enviado pelo governo previa sete alterações na CLT, ao passo que o substitutivo trouxe 104 modificações, exclusões e adições.

Uma das atividades mais utilizadas para realizar esse tráfico informal de influências é o lobby. Essa atividade não é considerada crime no Brasil, tampouco é regulamentada, como ocorre em diversos outros países, o que acarreta em uma falta de transparência em nosso sistema, visto que não se sabe quem está verdadeiramente por trás das propostas legislativas.

Lobistas circulam livremente pelo Congresso Nacional sob o pretexto de serem “assessores legislativos”, “gerentes de relações governamentais”, entre outros títulos que distorcem sua real função, qual seja, articular maneiras de fazer prevalecer os interesses do grupo que representam.

Embora a legislação atual impeça que esses grupos interessados apresentem de forma direta emendas e propostas legislativas, essas acabam ocorrendo de forma clandestina, deixando ainda mais cinzento o ambiente legislativo, que já não é bem quisto pelos cidadãos brasileiros.

Sobre o tema dos lobbys vale ressaltar a existência de uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 47/2016) que visa regulamentar a atividade no país, buscando aumentar a transparência do processo legislativo como um todo, expondo os verdadeiros rostos responsáveis pela elaboração de tais propostas.

Voltando a tratar mais especificamente da descoberta do portal “The Intercept Brasil”, a investigação analisou os dados contidos nas propostas legislativas e, por meio de metadados coletados da sua análise, chegou ao autor original de cada arquivo, com a identificação dos donos dos computadores em que os textos foram redigidos.

Da coleta desses dados, concluíram que 113 arquivos eram provenientes de funcionários de alguma entidade empresarial, sendo simplesmente clonados por parlamentares na sua

íntegra, importando até mesmo os erros de português. A notícia reporta ainda que “em alguns casos, o dispositivo a ser modificado na CLT era alterado, mas a justificativa permanecia exatamente a mesma.” (MAGALHÃES et al., 2017)

Os jornalistas demonstram ainda que

Na maioria das reproduções, o autor constava como “P_4189”, indicando o terminal de algum servidor do Congresso. Ou seja, um terminal específico serviu como “copiadora” de emendas originalmente redigidas pelas associações e que acabaram sendo apresentadas por diferentes deputados (MAGALHÃES et al., 2017)

Constatando, assim, que os parlamentares nem ao menos teriam alguma noção sobre o teor da emenda que estavam propondo, fazendo-as apenas para deter o poder de barganha posteriormente, ou muitas vezes, fazendo jus a contribuição anteriormente recebida.

Porém, se engana quem pensa que apenas as associações patronais influenciaram o processo legislativo. Há casos em que entidades externas, que defendem os interesses dos trabalhadores, também elaboraram emendas. Ao todo, a notícia reporta que 22 emendas foram redigidas pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho, encampadas por partidos majoritariamente de oposição ao governo Temer.

1.4 IMPACTOS INSTITUCIONAIS E JURÍDICOS DA REFORMA TRABALHISTA

Sob o pretexto de modernizar a lei trabalhista e adequá-la às novas relações de trabalho, a Lei 13.467/17 alterou inúmeros dispositivos da CLT. A Reforma Trabalhista, discutida em menos de 3 meses, mexeu de forma significativa no direito material e processual trabalhista e, após sua promulgação, passou a ser alvo de inúmeras críticas, provenientes dos mais diversos órgãos ligados a justiça do trabalho, gerando profundos impactos institucionais e jurídicos.

Essas manifestações de insatisfação visaram apontar as controvérsias estruturais da Reforma com os pilares do Direito do Trabalho vigente, bem como, buscaram oferecer as soluções que consideraram mais adequadas para cada aspecto controvertido.

Dentre todas as exteriorizações de protesto, destacam-se o posicionamento da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), que desde a elaboração do texto já fazia críticas ferrenhas a nova lei, o relatório do Comitê de Peritos da

Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como, as diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ajuizadas contra o texto da Reforma.

1.4.1 Posicionamento da ANAMATRA

A ANAMATRA é a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, um dos institutos mais importantes em matérias trabalhistas no Brasil, possui como uma de suas funções a de pugnar pelo crescente prestígio da Justiça do Trabalho. Nesse contexto, a Associação vem, desde os primeiros debates a respeito da Reforma, buscando que as alterações do texto legal trabalhista sejam realizadas em consonância com os princípios basilares do Direito do Trabalho, porém não foi o que ocorreu.

Durante o processo de aprovação da Lei 13.476/17, enquanto ainda era PLC 38/2017 que tramitava pelo Senado Federal, após ter sido aprovada na Câmara dos Deputados como PL6.787/2016, a Associação passou a realizar diversas manifestações de descontentamento com seu texto, alegando a existência de inúmeras inconstitucionalidades, tanto formais quanto materiais, bem como afirmando que o texto representava uma injustiça ao principal responsável pela existência de tal legislação, o trabalhador.

O presidente da ANAMATRA, o magistrado Guilherme Feliciano, ao ser chamado para uma audiência pública na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, para debater o PLC nº 38/2017, afirmou que o projeto era injusto e inconstitucional e que seria necessário mais tempo para reconhecer e retirar do texto diversas inconstitucionalidade nele presentes. “Sem isso, com o açodamento, o que teremos é um texto inconstitucional nas mãos de juízes, advogados e procuradores” (FELICIANO, 2017).

Outra profunda crítica realizada pela Associação, foi a nota técnica elaborada juntamente com Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho – ANPT, a Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas – ABRAT e o Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho – SINAIF. Nela as instituições criticam o PL 38/2017, afirmando que esse, em diversos aspectos

fere de morte direitos e garantias dos trabalhadores brasileiros assegurados na Constituição Federal, seja em seu aspecto material, onde teremos direitos trabalhistas constitucionais completamente esvaziados ou descumpridos, seja

em seu aspecto processual, onde teremos a criação de inúmeros obstáculos de acesso à justiça pelo trabalhador que tem seus direitos descumpridos e/ou sonegados. (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho et. al, 2017, p. 1)

A Nota Técnica baseia suas críticas a partir de três pilares, o primeiro demonstra que o texto da Reforma fomenta vínculos precários e empregos sem qualidades, nesse quesito, elencam algumas relações regulamentadas pela reforma como a terceirização, o contrato a tempo parcial, o trabalho intermitente e o teletrabalho, afirmando que a Reforma estaria regulamentando relações de trabalho extremamente prejudiciais aos trabalhadores, fazendo com que eles sejam apenas formalmente garantidos, sem quaisquer garantias de sua efetivação em favor dos trabalhadores, retirando, desta forma, direitos inerentes aos trabalhadores.

O segundo ponto trata dos novos limites estipulados pela Reforma, a prevalência do negociado sobre o legislado, que segundo as associações, passou a permitir que o mecanismo fosse usado para prejudicar os trabalhadores, violando o artigo 7º da Constituição e representando

um abalo sísmico sobre os alicerces do Direito do Trabalho, um atentado contra os mandamentos nucleares do sistema jurídico trabalhista, destacando-se que a violação aos princípios é extremamente mais grave do que a transgressão a uma norma específica, notadamente quando constitucionalmente positivados. (Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho et. al, 2017, p. 19)

Por fim, em seu terceiro ponto, salientam que a Reforma dificulta o acesso à justiça por parte dos trabalhadores, ao dificultar a concessão do benefício da justiça gratuita, ao estipular o pagamento de honorários periciais ainda que beneficiário da gratuidade da justiça, ao criar o mecanismo da sucumbência recíproca e ao estipular a possibilidade de exigir o pagamento custas e despesas processuais para propor nova ação, quando o trabalhador for ausente, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita.

Dessa forma, alegam que a intenção do legislador é afastar o trabalhador da busca por seus direitos, onerando ao máximo o acesso à justiça e, conseqüentemente, dificultando-o para o hipossuficiente.

Ao longo da nota técnica são citadas inúmeras inconstitucionalidades do texto, demonstrando diversas afrontas a princípios trabalhistas e constitucionais, alegando que a Reforma detêm dispositivos que padecem de inconstitucionalidade material e outros que

possuem inconstitucionalidade formal. Quanto às inconstitucionalidades formais, dizem respeito, basicamente, aos limites materiais ao poder de legislar, à vista dos direitos e das garantias sociais fundamentais (arts. 7º a 11º da Constituição Federal).

No que tange às inconstitucionalidades materiais, são elencados diversos elementos versados pela Reforma que vão de encontro às premissas fundamentais da Constituição e do Direito do Trabalho.

Ponto importante de se frisar, reside no fato de que a ANAMATRA é uma associação de magistrados da justiça do trabalho, ou seja, uma associação na qual se encontra uma das principais categorias responsáveis pela aplicação das leis trabalhista, possuindo um papel fundamental para a concretização da Reforma Trabalhista. Ao aplicarem ou deixarem de aplicar os novos dispositivos, estarão convalidando ou questionando as mudanças trazidas pela Lei 13.467/17, alterando de forma substancial a efetividade desses novos institutos nas relações de trabalho.

1.4.2 Relatório do Comitê de Peritos da OIT

O Comitê de Peritos da OIT é composto por 20 integrantes, que se reúnem periodicamente, para avaliar a aplicação das convenções da organização e fazer recomendações aos governos.

No relatório do ano de 2018, o comitê tratou, entre outros pontos, da Reforma Trabalhista brasileira, vigente no país desde novembro do ano de 2017. Em sua manifestação, o Comitê se mostrou bastante preocupado com o texto, solicitando que o governo brasileiro revisasse alguns aspectos da Reforma.

O primeiro aspecto destacado foram os artigos 611-A e 611-B, inseridos pela Reforma, que, segundo o Comitê, violam às Convenções n. 98 (Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva), n. 154 (Incentivo à Negociação Coletiva) e 151 (Relações de Trabalho na Administração Pública), ao permitir que a prevalência do negociado sobre o legislado aja de forma a prejudicar o trabalhador, suprimindo seus direitos e diminuindo sua proteção. O Comitê lembra que esse instituto só deve ser utilizado para aumentar os direitos e garantias já existentes em lei, caso o contrário, tal mecanismo irá de encontro ao objetivo das referidas convenções, de promover a negociação coletiva livre e voluntária. In verbis:

O Comitê observa com preocupação que o novo artigo 611-A da CLT estabelece como princípio geral que convenções e acordos coletivos prevaleçam sobre a legislação, permitindo a possibilidade de que através das negociações, não sejam dados efeitos as provisões protetivas da legislação, tendo como único limite, os direitos constitucionais previstos no artigo 611-B da CLT. O Comitê lembra mais uma vez que o objetivo geral das Convenções n. 98, n. 154 e a Convenção das Relações Laborais de 1978 (n. 151), é promover a negociação coletiva com o objetivo de acordar termos e condições, para o trabalhador, mais favoráveis do que aqueles já estabelecidos em lei¹ (Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho, 2018, p. 60, tradução livre)

Posteriormente, o Comitê expôs sua preocupação com a possibilidade trazida pela Reforma, em seu artigo 444, do trabalhador “hipersuficiente”, ou seja, aquele que possui diploma e perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poder negociar de forma individual, o que antes, só era permitido de forma coletiva.

Com isso, o legislador acaba considerando que esse trabalhador possui condições de individualmente, negociar com o empregador suas condições de trabalho, como o faz o sindicato. Fazendo isso, o Comitê entendeu que retira-se a proteção do trabalhador, que independente do seu nível de instrução ou seu salário, será parte hipossuficiente na relação trabalhista e estará, dessa forma, mais propenso a ter direitos suprimidos.

Por fim, o Comitê alega que as alterações trazidas pelo artigo 442-B, o qual fala que “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”, vai excluir uma classe de empregados dos seus direitos de forma indevida.

Alegam que as normas estipuladas em suas convenções se aplicam “a todos os trabalhadores. Tendo como únicas exceções os agentes policiais e das forças armadas (artigo 5) e os servidores públicos envolvidos na administração do Estado (artigo 6)”² (Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho, 2018, p. 60, tradução livre), logo, a Reforma estaria excluindo um grupo de trabalhadores de direitos que lhes são eminentes.

¹ The Committee notes with **concern** that new section 611-A of the CLT establishes as a general principle that collective agreements and accords prevail over the legislation, and it is therefore possible through collective bargaining not to give effect to the protective provisions of the legislation, with the sole limit of the constitutional rights referred to in section 611-B of the CLT. The Committee once again recalls in this regard that the general objective of Conventions Nos 98 and 154 and the Labour Relations (Public Service) Convention, 1978 (No. 151), is to promote collective bargaining with a view to agreeing on terms and conditions of employment that are more favourable than those already established by law.

² to all workers, with the sole possible exception of the police and the armed forces (Article 5) and public servants engaged in the administration of the State (Article 6).

Como conclusão, o Comitê de Peritos da Organização Internacional do Trabalho solicitou que o governo brasileiro examinasse as observações feitas, juntamente com seus parceiros sociais, e realizasse a revisão desses aspectos de modo a adequá-las às convenções do órgão.

Vale salientar ainda, os comentários feitos pela procuradora do trabalho, Cirlene Luiz Zimmermann, ao relatório do Comitê. Ela afirma que, além dos pontos levantados pelo Comitê, a Reforma Trabalhista desrespeita o artigo 7º da Convenção n. 154 que estabelece, que “as medidas adotadas pelas autoridades públicas para estimular o desenvolvimento da negociação coletiva deverão ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores”.

Nesse sentido, alega a autora que “no caso da reforma trabalhista, é notório que não houve consultas prévias ou que essas foram “para inglês ver”, sendo manifesto o desrespeito ao art. 7º da supramencionada Convenção” (ZIMMERMANN, 2018).

Portanto, percebe-se que a Reforma Trabalhista violou diversas convenções internacionais, gerando críticas dos órgãos vinculados ao Direito do Trabalho no Brasil, e, indo além, atraindo a preocupação da Organização Internacional do Trabalho com relação ao futuro das relações trabalhistas no país.

1.4.3 Ações Diretas de Inconstitucionalidade

Como reflexo das diversas críticas realizadas à Reforma Trabalhista, foram ajuizadas, contra seu texto, inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), provenientes de diversos autores, como, federações e confederações de trabalhadores das mais diversas áreas, a ANAMATRA, bem como a Procuradoria Geral da República e até mesmo entidades patronais.

Essa pluralidade de autores demonstra que a Reforma gerou descontentamento em todos os vértices do direito trabalhista, de modo a desagradar empregados, empregadores, magistrados e procuradorias. Ao todo, já se somam 21 ADIs ingressadas no Supremo Tribunal Federal, quais sejam: (i) ADI 5.766, (ii) ADI 5.794, (iii) ADI 5.806, (iv) ADI 5.810, (v) ADI 5.811, (vi) ADI 5.813, (vii) ADI 5.815, (viii) ADI 5.826, (ix) ADI 5.829, (x) ADI 5.850, (xi) ADI 5.859, (xii) ADI 5.865, (xiii) ADI 5.867, (xiv) ADI 5.870, (xv) ADI 5.885, (xvi) ADI 5.887, (xvii) ADI 5.888, (xviii) ADI 5.892, (xix) ADI 5.900, (xx) ADI 5.912, (xxi) ADI 5.938.

A quantidade exorbitante de ADIs é uma consequência natural da falta de discussão e aprofundamento dos temas abordados pela Reforma. A urgência com que foi elaborada,

modificada, discutida e aprovada, reflete-se na incongruência de diversos dos seus dispositivos, dando margem para que sejam questionados quanto as suas validades frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as 21 ADIs até então ingressadas, a maioria (14) questiona o dispositivo que acaba com a contribuição sindical obrigatória, para isso, se argumenta que os sindicatos ficariam fragilizados, pois perderiam sua principal fonte de receita, não conseguindo proteger o trabalhador de maneira efetiva, fazendo com que essa representação fique tão enfraquecida, que não possa mais realizar acordos coletivos em paridade com o setor patronal.

Outro aspecto levantado pelas ADIs, se refere ao trabalho intermitente, que feriria entre outras garantias, o direito constitucional ao salário mínimo, visto que tal relação empregatícia faz com que a jornada de trabalho do empregado fique à mercê do interesse do empregador, que poderá chamá-lo quando lhe convier e só pagará as horas efetivamente trabalhadas, não sendo necessário respeitar o direito constitucional ao salário mínimo.

Por fim, vale destacar que ao longo da história jurídica do país não existe precedente de lei desafiada vinte e uma vezes por ADIs, restando evidente que a Reforma Trabalhista possui um pouco de tudo, menos segurança jurídica.

2 A INTEGRAÇÃO NORMATIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO TRABALHISTA

Para que se entenda a falta de segurança jurídica gerada pela Reforma Trabalhista, é necessário ter em mente a interação normativa existente no ordenamento jurídico trabalhista, partindo da explicação da hierarquia das normas, trazida pelo jurista Hans Kelsen, passando pela concepção construída de princípios e regras como normas jurídicas e entendendo a importância dos princípios como norteadores para a criação e aplicação das regras.

Como se verá, a hierarquia das normas é um mecanismo fundamental para assegurar a superioridade da Constituição. Nos Estados Democráticos de Direito, a superioridade da Constituição é meio para se evitar que maiorias momentâneas infringam direitos e garantias fundamentais, portanto, trata-se de uma construção jurídica que visa limitar o poder diante do direito. A hierarquia de normas também se mostra fundamental para tornar o ordenamento jurídico coeso, fazendo com que leis inferiores não desrespeitem leis superiores e que os legisladores levem em consideração essas no momento de elaboração daquelas.

Nessa toada, os princípios possuem outro papel fundamental para a harmonia de um ordenamento, além de fornecer elementos norteadores para o legislador, no momento da criação das normas, ainda oferecem balizas aos magistrados, para que alcancem uma decisão juridicamente correta e que produza efeitos em conformidade com os princípios em que se pautou a decisão.

2.1 HIERARQUIA DE NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

O entendimento de hierarquia das normas no ordenamento jurídico está intrinsecamente ligado ao conceito de Estado Democrático de Direito. Nele o povo é o destinatário do poder político e por esse motivo, participa do seu exercício, de modo regular e baseado em sua livre convicção. Dessa forma, além de garantir a proteção aos direitos individuais, garante a participação dos destinatários no seu exercício.

O autor Carlos Ari Sundfled (2009, p. 54) define de forma sintética o Estado Democrático de Direito como sendo “a soma e o entrelaçamento de: constitucionalismo, república, participação popular direta, separação de Poderes, legalidade e direitos (individuais e políticos).”

Conforme colocado, para que haja obediência aos direitos básicos dos cidadãos, faz-se necessária uma Lei Maior que deve ser respeitada pelas inferiores, a qual dá-se o nome de Constituição.

Esta garante a participação do povo na tomada de decisão de forma direta e indireta, bem como, garante que tal direito não possa ser tolhido por maiorias momentâneas que chegam ao poder. Ou seja, a existência da Constituição garante uma maior segurança jurídica, na certeza de que independentemente de quem quer que esteja no poder, as regras continuarão a ser seguidas.

Dito isso, conforme conclui o jurista italiano Pietro Costa (2010, p. 84):

O ordenamento, porém, não é uma soma indiferenciada de normas gerais, mas é uma Stufenbau, um edifício em degraus, no qual a ‘norma individual’, a sentença, é aplicação de uma norma superior, a lei, e esta, por sua vez, remete a um nível superior, a constituição. É possível, assim, controlar, através de um adequado órgão jurisdicional, não somente a correspondência da sentença (ou do ato administrativo) a lei, mas também a congruência da lei com a norma constitucional.

No contexto em que se insere a construção escalonada de um ordenamento jurídico complexo, se faz necessário compreender a ideia de hierarquia da normas trazida por Kelsen, que busca explicar como um ordenamento jurídico complexo consegue manter sua coesão, passando pelo estudo de suas fontes, seus diferentes tipos de normas e a localização dessas na hierarquia normativa.

Fontes do direito são comumente definidas como os “fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção de normas jurídicas” (BOBBIO, 1999, p. 45). Logo, se percebe que as fontes são responsáveis pela elaboração do ordenamento e este, por sua vez, tem a função de regular o comportamento das pessoas, bem como, regular o modo como serão produzidas suas regras.

Neste aspecto, as fontes são capazes de produzir dois tipos de normas, as de comportamento e as de estrutura, sendo essas elaboradas para regulamentar a produção de normas jurídicas, ou seja, estipulam o procedimento e a competência para a criação de outras normas. Enquanto as normas comportamentais estipulam diretamente como devem ser regulados os comportamentos da sociedade.

Mas qual a origem dessas fontes do direito?

Um ordenamento jurídico complexo é caracterizado por possuir uma multiplicidade de fontes criadoras de regras de conduta, isso ocorre devido a necessidade de normas para manter o bom funcionamento da sociedade.

Por esse motivo, cada ordenamento além de sua fonte direta, também chamada de fonte originária, possui fontes indiretas ou derivadas que, segundo Norberto Bobbio, podem ser distinguidas em duas categorias: as fontes reconhecidas e as fontes delegadas. As primeiras são aquelas originadas no reconhecimento de normas já produzidas por ordenamentos diversos e precedentes, ao passo que, as fontes delegadas se consubstanciam quando o poder de produzir normas jurídicas é concedido a órgãos inferiores. De tal forma, percebe-se que mesmo proveniente dos mais diversos pontos, as regras chegam a sua existência, configurando assim um ordenamento complexo.

Quando se trata do conceito e das diferenças entre fontes delegadas e fontes reconhecidas, se faz necessário entender a concepção geral relacionada a formação e a estrutura do ordenamento jurídico.

Norberto Bobbio explica que todos os ordenamentos possuem como ponto de referência de suas normas o poder originário, que seria “o poder além do qual não existe outro pelo qual se possa justificar o ordenamento jurídico” (1999, p.41). É em virtude desse poder que se consegue alcançar uma unidade no ordenamento jurídico.

Se todas as normas fossem provenientes do poder originário, estar-se-ia em frente a um ordenamento simples, porém, como já explicado anteriormente, num ordenamento real as normas afluem através de diversos canais e isso se deve a dois fatores fundamentais.

O primeiro está relacionado ao fato de que qualquer sociedade civil, sobre a qual se forme um ordenamento jurídico, já está eivada de normas de diversos cunhos como o moral, religioso, social, consuetudinário, entre outros. Dessa forma o novo ordenamento que se forma não tem o poder de apagar completamente as raízes normativas que o precederam, de modo que as normas já existentes passam a fazer parte do novo ordenamento, o qual, desta forma, nasce limitado pelos ordenamentos precedentes. Aqui se tem um poder originário de forma jurídica e não histórica, pois existem limitações externas ao poder soberano.

O segundo ponto versa sobre a necessidade do poder originário manter uma normatização sempre atualizada, que alcance os anseios do Estado. Dessa forma, ele mesmo cria centrais de produção jurídica, atribuindo a diversos órgãos, entidades e até mesmo aos cidadãos, em alguns casos, o poder de estabelecer e regular normas. Com isso, diferente do que ocorre no primeiro caso em que a limitação é externa, aqui ela é realizada pelo próprio poder

originário, que ao delegar o poder de criação de normas a sistemas dependentes dele, cria uma multiplicidade de fontes secundárias e acaba por se autolimitar.

Existindo essa variedade de fontes do direito moderno, faz-se necessário um elemento capaz de manter a harmonia normativa, dando unidade ao ordenamento como um todo, este é o momento em que a teoria da norma escalonada de Kelsen passa a ter grande importância.

Para o jurista austríaco as normas existentes em um ordenamento não estão todas em um mesmo plano, estas se dividem em normas fundantes e normas fundadas. A norma superior é o fundamento de existência para a norma inferior, ou seja, as primeiras direcionam as segundas.

Em resumo,

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1987, p.240)

Na visão do autor, toda a norma criada possui uma norma superior que lhe concede fundamento de validade (até o fundamento último que é a norma fundamental), mas também impõe limites à sua execução. Em sua grande maioria as normas superiores-fundantes determinam limites materiais e formais, balizando o conteúdo que a norma inferior poderá regular, bem como, a forma como essa deverá ser emanada.

Esses limites se mostram bastante evidentes ao analisarmos os poderes dados por normas constitucionais à leis ordinárias. O limite formal é explicitado pelas diversas regras da Constituição que descrevem detalhadamente o funcionamento dos órgãos legislativos na produção de normas. Já os limites materiais estão presentes na impossibilidade da norma ordinária contrariar norma constitucional, de forma que qualquer matéria legislada por lei ordinária não pode ferir lei superior.

Para tornar mais clara a ideia de Kelsen, é comum se exemplificar o escalonamento normativo de sua teoria em uma pirâmide, na qual as normas superiores fundamentam as normas inferiores. Porém, ao longo do desenvolvimento da teoria do escalonamento normativo, o autor se deparou com a problemática de que alguma norma deveria dar origem a pirâmide, sem que necessitasse de uma norma superior, foi quando o filósofo austríaco criou o conceito de norma suprema.

Essa norma suprema foi batizada de norma fundamental e diz respeito a uma ideia hipotética de norma que se estabelece como uma hipótese capaz de unificar as normas de um mesmo ordenamento, ao passo que, concede poder a Constituição para estipular a criação e regulação das demais normas. A principal função da norma fundamental “é dar unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de “ordenamento””. (BOBBIO, 1999, p.49)

Abaixo da norma fundamental - no vértice da pirâmide - se encontra a Constituição que nas palavras de José Afonso da Silva (2006, p.45) é o instituto que

confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela o reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as normas fundamentais de Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às normas jurídicas.

A Constituição possui papel de principal norma não transcendental da teoria de Kelsen, ou seja, só está subordinada a norma fundamental, motivo pelo qual nenhuma outra norma pode violá-la.

Seguindo a estrutura hierárquica da pirâmide de Kelsen, abaixo da Constituição temos as normas gerais, oriundas do Poder Legislativo e do Poder Judiciário. O primeiro cria leis, de acordo com interesses sociais e políticos, por meio dos processos legislativos estipulados pela lei superior, ao passo que o segundo cria normas gerais por meio da aplicação de normas já existentes, com a formação da jurisprudência.

Nas palavras de Paulo Nader (2008, p.157,) a jurisprudência pode ser entendida como o “conjunto de decisões uniformes, prolatadas pelos órgãos do Poder Judiciário, sobre uma determinada questão jurídica”. Aqui cumpre salientar que apenas decisões reiteradas sobre um mesmo tema são capazes de produzir normas gerais.

Na base da pirâmide Kelseniana se encontram as normas individualizadoras, as quais se dividem em decisões judiciais isoladas e negócios jurídicos. Quando existe a incidência de diversos casos semelhantes em juízos distintos e o sistema judiciário sente a necessidade de uniformizar a decisão, realiza essa uniformização criando a já mencionadas jurisprudência, transformando a norma individualizadora em norma geral.

Por fim, tem-se a figura do negócio jurídico, no qual a ordem jurídica confere aos sujeitos interessados o poder de regular suas vontades, normalmente o fazendo por meio de um contrato. A forma e o limite desse contrato estão prescritos em lei, mas dentro desse limite, as

partes terão liberdade de negociação, criando normas entre os contraentes que devem ser respeitadas.

Dessa forma, fica evidente que a intenção de Kelsen ao elaborar esse mecanismo de hierarquia das normas teve o intuito de criar uma unidade no ordenamento jurídico, evitando que este entre em contradição consigo. De modo que, havendo antinomia entre normas inferiores e superiores, esta possa ser resolvida facilmente, bastando que as primeiras sejam consideradas inválidas, ou seja, caso lei ordinária contrarie lei constitucional, aquela deverá ser considerada inconstitucional.

2.2 PRINCÍPIOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Durante um longo período a teoria positivista dominou o cenário jurídico brasileiro. Nesta corrente, os princípios não possuem *status* de norma jurídica, haja vista, tal teoria conferir efetividade e normatividade apenas às normas expressamente disciplinadas, ou seja, somente as regras eram consideradas normas jurídicas.

A partir da década de 50, emerge no campo jurídico a ideologia pós-positivista, a qual incentivou uma reanálise do campo da Teoria do Direito, focando principalmente na normatividade dos princípios.

Conforme esclarece Ruy Samuel Espíndola (1998, p.28) os postulados trazidos pela corrente pós-positivista entendem “os princípios como normas jurídicas vinculantes, dotados de efetiva juridicidade, como qualquer outro preceito detectável na ordem jurídica, considerando ainda as normas de direito como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies jurídicas”.

A partir desse momento o pensamento jurídico passou a tratar das relações existentes entre regras e princípios, visto que agora tais institutos se encontravam em uma categoria de igualdade.

Ainda que equiparados ao gênero das normas, regras e princípios são diferentes espécies. Neste sentido, o presente estudo analisa as teorias criadas por dois expoentes do pensamento jurídico, o filósofo do direito americano Ronald Dworkin e o jurista alemão Robert Alexy, tendo como base a abordagem destes pelo livro “Entre Hidra e Hércules” de Marcelo Neves.

2.2.1 Distinção entre normas e princípios

Em meados da década de 1970 emergia uma transformação da teoria do direito e da filosofia política no sentido de negar o positivismo, que buscava a separação entre moral e direito, e aproximar esses institutos, para demonstrar que estes possuem uma relação de interdependência na construção e análise do ordenamento jurídico.

Nesse contexto social e político, Ronald Dworkin criou sua teoria de distinção entre regras e princípios. Para tanto, tomou como ponto de partida a crítica da noção de textura aberta do direito, elaborada pelo filósofo inglês Hart. Nela as situações que não pudessem ser solucionadas por regras, ficariam à mercê da discricionariedade do juiz, ou seja, se o magistrado ao analisar um caso concreto não encontrasse regras capazes de solucionar o problema, poderia o fazer do jeito que entendesse melhor, sem precisar seguir qualquer padrão derivado da autoridade do direito.

Entendendo ser a tese da discricionariedade extremamente perigosa para o direito, visto ser capaz de permitir que o juiz tome decisões baseado em meras crenças ou interesses pessoais, Dworkin introduz o conceito de princípios como normas jurídicas, capazes de ajudar os operadores do direito a solucionar problemas quando as regras não o fizessem. Com isso, os juizes estariam vinculados a limites estipulados pela autoridade do direito, mesmo com o esgotamento das regras, não podendo decidir de acordo com seus desejos.

O filósofo americano prosseguiu seu estudo com a elaboração de padrões de orientação aos magistrados, diferenciando esses padrões em três: regras, princípios e *polices*³. O presente estudo pretende se concentrar apenas nos dois primeiros institutos, por considerar serem os mais relevantes para o entendimento final do seu objeto.

Dworkin explica as regras como espécie de norma, que deve ser aplicada de maneira “tudo ou nada”, ou seja, se os fatos que a regra estipula estão presentes, a regra será tomada como válida e o comando por ela estabelecido deve ser aplicado no seu todo como solução, porém, se não é aplicável, tal regra não contribui em nada para a solução do caso, devendo ser inteiramente afastada.

Ainda no que diz respeito ao critério utilizado por Dworkin (apud GUNDIN, 2015) esclarece que:

³ Dworkin (apud SAPUCAIA, 2011) entende a *police* como uma política pública que “estabelece um objetivo a ser alcançado, geralmente uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”

As regras são aplicáveis por completo ou não são, de modo absoluto, aplicáveis. Trata-se de um tudo ou nada. Desde que os pressupostos de fato aos quais a regra refira – o suporte fático hipotético, o Tatbestand – se verificarem, em uma situação concreta, e sendo ela válida, em qualquer caso há de ser ela aplicada.

Nessa perspectiva, na relação entre duas regras em conflito, apenas uma poderá ser válida, devendo a outra, por conseguinte, ser considerada inválida ou ser acrescida de uma cláusula de exceção. Para o autor americano essas cláusulas de exceção seriam teoricamente enumeráveis, já que, segundo Dworkin, (apud NEVES, 2014, p. 52) “Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e, quando mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.”

Dessa forma, resta claro que o autor entendia que para coexistirem duas regras conflitantes, uma deveria conter uma cláusula excetuando a contradição, caso contrário, a regra rejeitada deveria ser considerada inválida e ser retirada do ordenamento jurídico.

Os princípios por sua vez, diferentemente das regras, possuem dimensão de peso ou importância. Quando ocorre a colisão entre eles, deve-se analisar o caso concreto e o poder jurisdicional deve ponderar a relevância de cada um dos princípios conflitantes para solucionar o problema específico enfrentado.

Importante salientar que a adoção de um desses princípios em desfavor do outro, não implica na invalidade ou expurgo do princípio preterido, visto que, este poderá ser aplicado em outro caso concreto, permitindo assim que dois princípios em colisão coexistam no mesmo ordenamento.

Portanto, após análise dessas concepções, fica claro que, para Dworkin, as especificidades do caso concreto são de fundamental importância para que se defina qual tipo de norma jurídica irá se aplicar e, conseqüentemente, qual o comportamento será utilizado para solucionar o caso.

Robert Alexy, por sua vez, foi outro pensador que se debruçou sobre o tema da distinção entre regras e princípios. O alemão reafirmou o caráter normativo de ambos os institutos, porém contrariou alguns pontos da obra de Dworkin.

Ao tratar das regras, Alexy critica a tese de que devem ser aplicadas no modelo “tudo ou nada”. Na sua concepção, as ordens jurídicas modernas trazem infinitas exceções as regras que não são passíveis de enumeração taxativa. Entende que novas exceções podem surgir a qualquer momento e por esse motivo sustenta o modelo em que “as regras são normas que são sempre ou satisfeitas [cumpridas] ou não satisfeitas [não cumpridas]” (ALEXY apud NEVES, 2014, p. 63-64)

Esta é uma das grandes diferenças entre as teorias de Alexy e Dworkin, enquanto este acredita existir um número teoricamente limitado de possibilidades de exceção, aquele entende serem infinitas essas possibilidades, tendo em vista, acreditar ser sempre possível aparecer um novo caso, com diferentes contextos e que exijam uma nova cláusula de exceção, ainda não estipulada. Cumpre salientar que em ambos os casos a cláusula de exceção salvaria a regra de ser considerada inválida.

Por outro lado, diante de um conflito entre regras em que não seja possível a inclusão de uma cláusula de exceção para eliminar a contradição, uma delas deverá ser declarada inválida, visto não se aceitar duas regras antagônicas num mesmo ordenamento.

No que diz respeito aos princípios, Alexy os define como “mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também jurídicas determinado pelos princípios e regras colidentes.” (ALEXY apud NEVES, 2014, p. 64)

Dito isso, tem-se os princípios como normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, enquanto as regras são normas que contêm determinação daquilo que já se sabe ser fática e juridicamente possível, impondo que se realize exatamente o que exigem.

Quando abordou a temática da colisão entre princípios, Alexy buscou sofisticar a teoria elaborada por Dworkin afirmando que nessa situação deve-se analisar o peso dos princípios no caso concreto, ou seja, qual o princípio, dentre os colidentes, tem precedência em face de outro sob determinadas condições, sem a necessidade do preterido ser declarado inválido, visto que, em uma outra situação esse princípio cedente poderá prevalecer.

Colocando nestes termos, a teoria de Alexy está diretamente relacionada com a ideia de proporcionalidade, que o próprio autor subdivide em três máximas, quais sejam, adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Os dois primeiros subtópicos - adequação e necessidade - estão diretamente associados a natureza dos princípios como mandamentos de otimização no viés das possibilidades fáticas, enquanto a proporcionalidade em sentido estrito, decorre da relativização dentro do cenário jurídico, tentando balancear os princípios conflitantes, de modo a não suprimir a ponto de tornar-se inválido o princípio rejeitado.

Com base na máxima da proporcionalidade, Alexy deduz o caráter principiológico das normas de direitos fundamentais. Sustenta o autor que “como resultado de todo o sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de

direito fundamental atribuída, que tem estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser submetido” (ALEXY apud NEVES, 2014, p. 66).

Dessa forma, Alexy introduz a teoria de que o princípio da proporcionalidade é balizador do legislador no momento da criação das regras, agindo como limitador das violações a direitos fundamentais, transformando assim, o legislador em funcionário da Constituição e protegendo os cidadãos dos excessos do Estado. Com essa ideia, Alexy foi um dos primeiros a salientar a importância dos princípios na criação e aplicação das regras, haja vista, serem os responsáveis por dar coerência e unicidade ao texto normativo.

2.2.2 Princípios como norte para criação e aplicação de regras

Conforme já explanado anteriormente, desde a emergência do pós-positivismo, os princípios vêm sendo utilizados como norteadores do estudo e aplicação das normas jurídicas. Mesmo alcançando o *status* de normas, os princípios são entendidos como mecanismos com uma menor carga normativa, porém com uma grande força valorativa, possuindo, dessa forma, a função de base de validade do sistema no qual se encontram.

Com efeito, Luís Roberto Barroso (2009, p. 209) afirma que “princípio é o norte pelo qual deve guiar o operador do direito”. Ocorre que, sem entender o texto constitucional em seu panorama maior, ou seja, sem vincular suas normas expressas com os princípios que os orientam, este não passaria de um aglomerado de normas que teriam em comum o simples fato de estarem elencadas em um mesmo texto jurídico, deixando de se apresentar como um diploma sistemático e harmônico.

Nesse contexto, existem dois momentos em que os princípios possuem fundamental importância, na criação das normas e na interpretação das mesmas. Como possuem forte carga valorativa e ética, possuem extrema importância para os legisladores, no momento da criação das normas jurídicas, bem como, para os juízes quando forem chamados a interpretá-las, sem esquecer da importância que possuem para os próprios cidadãos que devem levá-los em consideração no momento de exercer seus direitos.

Dito isso, não se pode admitir que um diploma legal carregue em seu texto apenas um conjunto de normas aleatórias, sem que possuam uma ligação moral e principiológica, como já foi aceito e defendido por ideologias jurídicas anteriores. Em tempos de vigência do pós-positivismo e de neoconstitucionalismo, a norma jurídica deve obedecer uma diretriz

principiológica que dê fundamento ético e moral a sua validade, bem como, coesão ao ordenamento jurídico em que esta imersa.

Emílio Betti (apud BONAVIDES, 2010, p. 271) esclarece que os princípios são “valores dos critérios diretivos para a interpretação e dos critérios programáticos para o progresso da legislação”,

Neste panorama, entendendo os princípios como pedra de toque dos conteúdos constitucionais, importa esclarecer três de suas principais funções no ordenamento: (i) função de fonte em caso de lacuna de lei e costumes, (ii) função de orientar o trabalho interpretativo e (iii) função de fundamentar a ordem jurídica.

A função de complementação de lacunas é a mais antiga, haja vista que, mesmo antes de possuírem caráter normativo, os princípios já eram utilizados para solucionar conflitos quando as leis não o fizessem. Até hoje os princípios preenchem essa função, como se percebe pelo artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que, sendo a lei omissa “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Ademais, a CLT em seu artigo 8º também confere aos princípios esse encargo quando estipula que, na falta de disposições legais ou contratuais e desde que não prejudiquem nenhum interesse de classe ou particular, devem os aplicadores do Direito do Trabalho decidir “pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho”.

Com relação a função de fundamentação do ordenamento jurídico, são aqueles sustentáculos substanciais de qualquer sistema normativo, ou seja, são os instrumentos-chave nos quais o legislador deverá se embasar no momento da elaboração de regras,

Por fim, na função de orientar o trabalho interpretativo, os princípios “constituem premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas que devem anteceder, no processo intelectual do intérprete, a solução concreta da questão posta” (BARROSO e BARCELLOS, 2003, p. 163). Percebe-se que nessa função, os princípios servem de guia para os operadores do direito interpretarem o ordenamento. Dessa forma, entende-se como sendo de suma importância, os princípios com supremacia constitucional, que pretendem manter a presunção de constitucionalidade das leis, de unicidade constitucional e da interpretação de leis conforme a constituição, ou seja, princípios que buscam de forma intrínseca manter a congruência e a harmonia não só entre as leis criadas em um mesmo ordenamento, mas da criação dessas com a sua posterior interpretação aplicada aos casos concretos.

Como norte para a construção normativa, os princípios podem ser constitucionais ou infraconstitucionais, de modo que os mais importantes para uma profunda análise do tema em estudo, serão agora apresentados.

2.2.3 Princípios constitucionais afetos ao Direito do Trabalho

A incorporação do Direito do Trabalho ao texto Constitucional, garantiu proteção a esse ramo do direito, bem como, o submeteu a influência direta dos princípios constitucionais. Dessa forma, pretende-se nesse tópico explanar acerca dos princípios constitucionais afetos ao direito trabalhista mais relevantes na relação entre o negociado e o legislado.

2.2.3.1 Princípio da proteção

O princípio da proteção ao empregado é o de maior importância e abrangência dentro no Direito do Trabalho, sendo considerado por muitos doutrinadores um sobreprincípio, ou princípio ideológico, visto que todas as leis trabalhistas são concebidas tendo-o como premissa.

Isso ocorre, em virtude da história do Direito do Trabalho que, como já demonstrado, testemunhou diversos abusos e explorações aos empregados por seus empregadores, de modo que foi necessária a interferência do Estado nessa relação para proteger o empregado-hipossuficiente e equilibrar a balança (Cf. MARTINS 2011).

Desse modo, tal princípio refere-se ao critério fundamental de orientação do Direito do Trabalho já que este, “ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade, responde ao objetivo de estabelecer um amparo preferencial a uma das partes, o trabalhador, que seria visto como desfavorecido nessa briga de forças entre patronato e empregado” (SILVA, 2010, p. 56)

Este princípio protetor desmembra-se em três: (i) princípio do *in dubio pro operario*, (ii) princípio da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador e (iii) o princípio da aplicação da condição mais benéfica.

2.2.3.1.1 Princípio *in dubio pro operário*

Este princípio determina que, nos casos em que o intérprete encontrar mais de uma interpretação possível para regra trabalhista, deverá aplicar aquela que se apresentar mais favorável ao empregado. Aqui, é importante frisar que este princípio não encontra ressonância no plano processual, devendo o julgador verificar quem tem o ônus de comprovar o alegado no caso concreto, ao invés de simplesmente julgar em favor do obreiro.

Essa relativização ocorre, pois, nesse caso, frise-se: trata-se de questão processual, e não de ordem material, de forma que o princípio que prevalecerá é o da isonomia, paridade de armas, também chamado de simetria entre as partes. (Cf. MARTINS, 2011)

2.2.3.1.2 Princípio da aplicação da norma mais favorável

Esse princípio, uma das ramificações do sobreprincípio da proteção, preconiza a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador em todas as situações, independentemente da sua posição na escala hierárquica de Kelsen.

Referido instituto encontra guarida de forma implícita no artigo 7º da Carta Magna, ao prescrever que “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”. Na segunda parte do texto, a lei abre margem para que, além dos direitos elencados nesse dispositivo, todos os outros que visem a melhoria da condição social do trabalhador, possam ser aplicados.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que “o art. 7º da Constituição estabelece direitos mínimos, que são completados ou melhorados pela legislação ordinária ou pela vontade das partes. O objetivo não é piorar, mas melhorar as condições de trabalho.” (MARTINS, 2012, p. 69).

A utilização da norma mais favorável ocorre em três momentos distintos conforme demonstrado pelo doutrinador Sergio Pinto Martins (2012, p. 70):

(a) a elaboração da norma mais favorável, em que as novas leis devem dispor de maneira mais benéfica ao trabalhador. Com isso se quer dizer que as novas leis devem tratar de criar regras visando à melhoria da condição social do trabalhador; (b) a hierarquia das normas jurídicas: havendo várias normas a serem aplicadas numa escala hierárquica, deve-se observar a que for mais favorável ao trabalhador. Assim, se o adicional de horas extras previsto em norma coletiva for superior ao previsto na lei ou na Constituição, deve-se aplicar o adicional da primeira. A exceção à regra diz respeito a normas de caráter proibitivo; (c) a interpretação da norma mais favorável: da mesma forma, havendo várias normas a observar, deve-se aplicar a regra mais benéfica ao trabalhador.

Ou seja, a análise da norma trabalhista deve sempre estar vinculada ao princípio da norma mais favorável, sendo esse responsável por orientar sua conduta desde o momento da elaboração até a sua aplicação no campo fático.

Esse princípio é muito utilizado quando, após a negociação coletiva, o trabalhador percebe aspectos mais favoráveis na norma individual, ao passo que em alguns temas a negociada lhe é mais favorável.

Nessas situações, existem três teorias passíveis de aplicação para a escolha da norma que deverá ser utilizada, para melhor atender aos interesses do trabalhador: (i) teoria do conglobamento, (ii) teoria da acumulação e (iii) teoria do conglobamento mitigado.

A primeira, estipula que deve-se aplicar o instrumento mais favorável como um todo, sem o fracionamento dos seus institutos. A segunda, defende a tese de aplicação dos dois instrumentos, extraindo-se de cada qual as normas mais favoráveis ao obreiro, aplicando-as isoladamente ao contrato de trabalho. A terceira, por sua vez, define que a norma mais favorável deve ser buscada por meio da comparação das diversas regras sobre cada instituto ou matéria, respeitando-se o critério de especialização.

Não há um aspecto rígido que defina qual teoria se aplica a cada problemática concreta, sendo tal matéria objeto de análise doutrinária e, no campo jurisdicional, de entendimentos sumulados pelo Tribunal Superior do Trabalho. Destaca-se que a primeira teoria – do conglobamento – é a mais comumente utilizada no direito do trabalho brasileiro, a exemplo da Súmula 51, II, do TST.⁴

Dessa forma, fica evidente que se deve privilegiar as leis que buscam a melhor condição social do obreiro em face da hierarquia normativa no momento da elaboração, interpretação e efetiva aplicação da norma.

2.2.3.1.3 Princípio da condição mais benéfica

Este princípio determina que o trabalhador tenha asseguradas as condições mais vantajosas estipuladas em seu contrato de trabalho, ou aquelas constantes no regulamento da empresa, ainda que seja criada lei superveniente que as altere. Ou seja, a mudança posterior para condição pior, não alcançará aqueles que já estão com contrato de trabalho vigente, mas somente os novos contratos de trabalho a serem firmados.

O princípio da condição mais benéfica deve ser entendido como um instituto capaz de impedir que as condições mais benéficas conquistadas ao longo da história sejam extirpadas

⁴ Súmula n. 51 do TST

NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial n. 163 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

[...]

II – Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ n. 163 da SBDI-1 – inserida em 26.03.1999)

dos trabalhadores, impedindo que leis supervenientes sejam criadas e acabem com garantias e direitos já constituídos.

2.2.3.2 Princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas

Também conhecido como princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, está devidamente expresso no artigo 9º da CLT, o qual dispõe que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Isso faz com que os direitos trabalhistas sejam irrenunciáveis, indisponíveis e indierrogáveis, conferindo assim um importante mecanismo de defesa ao obreiro quando for negociar com seu empregador. Haja vista que mesmo sendo pressionado, a lei não permite que tais direitos sejam negociados. Não atoa esse princípio pode ser definido como “a impossibilidade jurídica de privar-se voluntariamente de uma ou mais vantagens concedidas pelo direito trabalhista em benefício próprio, ou seja, ninguém pode privar-se das possibilidades ou vantagens estabelecidas em seu proveito próprio” (SILVA, 2010, p. 56)

Nesse quesito, vale destacar o posicionamento do doutrinador Mauricio Godinho Delgado, que chama tal princípio de princípio da indisponibilidade, enquanto acredita ser a indisponibilidade gênero do qual a renúncia seria espécie (Cf. GODINHO, 2015). Para o jurista, os direitos trabalhistas são indisponíveis, devendo ser classificados em dois níveis, quais sejam, indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa.

Enquanto os primeiros não aceitam qualquer tipo de negociação, por se tratarem de garantias constitucionais fundamentais do trabalhador, de modo a estabelecer um patamar mínimo de direitos resguardados, os relativos podem ser flexibilizados, em casos específicos, desde que sua relativização seja em prol de uma melhora à condição social dos obreiros.

Essas flexibilizações podem ser realizadas por meio de composição em juízo, diante de um juiz do trabalho, caso em que fica mais difícil que o empregado seja coagido a fazer algo que não gostaria. Outra maneira de alteração, seria por meio de negociações coletivas, na qual se flexibiliza direitos relativamente indisponíveis, visando uma condição social melhor aos trabalhadores. Essa segunda vertente, pode ocorrer em casos de crise, nas quais se aceita a flexibilização de direitos relativamente indisponíveis para salvar a categoria, ou seja, pensando num bem coletivo maior, dessa maneira, de um modo geral, está sendo conservado o requisito de condição social mais benéfica à categoria, sendo resguardado o maior número de empregos.

2.2.3.3 Princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho

A dignidade da pessoa humana é princípio basilar de todo o ordenamento jurídico e está consagrado na Carta Magna brasileira em diversos dispositivos, isso ocorre, pois, o legislador constituinte se preocupou em constituir um conjunto de regras e princípios instigando a construção de uma sociedade justa, livre e igualitária, consagrando-o como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme exposto em seu artigo 1º, inciso III.

Tal princípio é definido com precisão nas palavras do jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet (apud SANTANA, 2010)

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Dessa forma, conforme explica o mesmo doutrinador, a Constituição Federal reconhece que o Estado existe em função da pessoa humana, princípio este que representa “uma norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material. Como tal, afigura-se inequivocamente carregada de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade” (SARLET apud NERLING et al., 2017, p. 4), sendo que os direitos fundamentais são, em sua maioria, reflexos desse princípio.

Nas relações trabalhistas, esse princípio é efetivado, principalmente, por meio dos princípios da proteção e da vedação ao retrocesso social, os quais, estabelecem limites para as modificações no Direito do Trabalho, proibindo que o legislador reduza ou suprima direitos sociais já materializados.

Nesse contexto, entende-se o trabalho como um valor metajurídico que se relaciona intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, como um valor social, a atividade laborativa é condição essencial para a convivência harmoniosa, solidária e fraterna entre os componentes do sistema social.

Dito isso, quaisquer normas que surjam relacionadas à temática trabalhista devem ater-se a uma interpretação coesa com os princípios constitucionais da valorização do trabalho e do cidadão trabalhador no tocante à sua dignidade, visando sempre um progresso social, nunca seu retrocesso.

Dessa forma, é evidente que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental e que funciona como alicerce de todo o ordenamento jurídico pátrio, não podendo ser mitigado ou relativizado, sob pena de gerar uma instabilidade no regime democrático, conferindo a esse instituto um caráter absoluto.

Logo, percebe-se que o presente princípio tem como finalidade, assegurar que todo o homem tenha um mínimo de direitos assegurados e respeitados pela coletividade e pelo poder público, preservando, assim, a valorização do ser humano, bem como, garantindo que todos sejam tratados de maneira igualitária e isonômica.

2.2.3.5 Princípio da vedação ao retrocesso social

Como o próprio nome demonstra, esse princípio visa impedir que direitos conquistados pela sociedade sejam posteriormente tolhidos ou restringidos por novas normas, de modo que a atuação do legislador em malefício dos direitos sociais reconhecidos e sedimentados no ordenamento jurídico, deve ser considerada como ato atentatório ao princípio da vedação ao retrocesso social e, portanto, inconstitucional.

Ainda que o presente princípio não esteja explícito na Constituição Federal, percebe-se sua utilização de forma reiterada pelos aplicadores do direito, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende de voto exarado pelo Ministro Celso de Melo (STF, 2011, on line):

O princípio da proibição ao 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, abstenendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

Da inteligência do instituto, percebe-se ser inadmissível a aceitação de norma que piore a condição social do cidadão, visto ser o Direito do Trabalho um direito social. Conforme já demonstrado diversas vezes ao longo deste texto, se mostra intolerável lei posterior que prejudique a condição do empregado, agindo de modo a retirar direitos sociais conquistados desde há muito pelos trabalhadores.

2.2.3.6 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade é comumente conceituado por meio dos dizeres expressos na Constituição Federal de 1988, a qual estipula que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Significa dizer que o legislador delimitou não existir poder acima, nem a margem, da lei, pois o princípio da legalidade é sustentáculo do Estado de Direito. Muitos autores o consideram como um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, haja vista, ser capaz de vincular e limitar o poder Estatal à disposição expressa de lei.

Tamanha importância é sensivelmente percebida do trecho retirado da obra dos autores Celso Bastos e Ives Gandra Martins (apud MENDONÇA, 2017), ao afirmarem que:

O princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os Magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão – eis a lei

Dessa forma, o Poder Legislativo, bem como o Poder Executivo, este de forma atípica, aquele de forma típica, podem elaborar normas, porém não possuem o direito de, por meio delas, suprimir ou extinguir direitos protegidos na Lei Maior. Claramente se compreende que, nenhum outro instrumento, mas, somente a lei pode interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora. Para que se consiga alcançar uma definição mais eficaz, pode-se dizer que o princípio da legalidade converte-se em princípio da constitucionalidade, ao passo que todo o direito deve se submeter a lei e toda a lei está submetida a Constituição.

Logo, esse princípio estipula que não devem existir meios dentro do ordenamento capazes de mutilar ou diminuir direitos protegidos pela Constituição, nem por meio de normas, muito menos por meio de negociações, de forma que, somente a lei, que respeita a Carta Magna, pode interferir na esfera jurídica dos indivíduos de forma inovadora.

2.2.3.7 Princípio da igualdade e da isonomia

O princípio da igualdade e da isonomia estabelece que todos são iguais perante a lei. Contudo é preciso que se entenda que para o alcance da igualdade, não basta que se dê as mesmas oportunidades para todos os cidadãos.

Na verdade, esses princípios pressupõe tratamento legal desigual, para que se consiga compensar as desigualdades existentes no mundo real, alcançando dessa forma uma igualdade efetiva. Conforme defendido pelo Ministro Eros Grau:

A concreção do princípio da igualdade reclama a prévia determinação de quais sejam os iguais e quais os desiguais, até porque -- e isso é repetido quase que automaticamente, desde PLATÃO e ARISTÓTELES - a igualdade consiste em dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. (STF, 2004, p. 26)

No ramo do Direito do Trabalho o princípio da isonomia surgiu como meio necessário de proteção ao empregado, em virtude da existência da liberdade de contrato que, na prática, é executada entre polos com capacidades completamente desiguais, permitindo a exploração e o abuso do padrão sobre o obreiro.

O princípio da liberdade contratual pressupõe que, se as partes estiverem condições plenas de exercer e expressar seus direitos, ou seja, se as partes forem soberanas sobre seus direitos, estão aptas a negociar em igualdade. Aceitando tal situação no Direito do Trabalho, admitir-se-ia que o empregado, simplesmente por estar apto a exercer seus direitos, poderia negociar em pé de igualdade com o empregador. Ocorre que tal premissa não é verificável no mundo real, visto que os trabalhadores serão sempre hipossuficientes se comparados aos empregadores, que possuem a liberalidade de contratá-los ou não. Negar a disparidade existente entre os polos da relação de trabalho, permitiria o retrocesso à época em que trabalhadores laboravam em condições subumanas.

Na tentativa de evitar que tais abusos aconteçam, o legislador, através do princípio da isonomia, busca igualar a disparidade existente entre as partes contratantes, traçando normas públicas regulamentadoras das relações jurídicas impondo-se direitos e obrigações. Desta forma, foram criadas restrições ao poder econômico, estabelecendo regras mínimas a serem respeitadas por todos os contratos, tais como, jornada de trabalho máxima, salário mínimo, adicionais noturnos, intervalo de descanso, entre outros.

Nesse contexto, o autor Radbruch anota que “a ideia central em que o direito social se inspira não é a da igualdade entre as pessoas, mas a do nivelamento das desigualdades que entre elas existem. A igualdade deixa assim de constituir uma ponte de partida do direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica.” (apud MORAIS, 2015, p. 16)

Dessa forma, fica evidente que não basta que a legislação trate a todos com igualdade, ela precisa ter o objetivo de alcança-la, de forma a dar possibilidades diferentes para os

desiguais, ao passo que, deve conceder as mesmas oportunidades aos iguais, permitindo, assim, que todos tenham oportunidade de alcançar o mesmo nível dentro da sociedade.

2.2.3.8 Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, também chamado de princípio do acesso à justiça, se traduz na possibilidade de levar ao conhecimento do Poder Judiciário todas as lesões ou ameaças de direito.

Este princípio está expresso na Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, inciso XXXV, quando expõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Importante frisar que este princípio possui duas vertentes basilares, a primeira se refere ao que está expresso na lei, ou seja, o Poder Judiciário não poderá desprezar a apreciação de qualquer violação ou ameaça a direito, independentemente da classe social de que dele necessite, devendo o instrumento de pacificação social Estatal ser universalmente acessível.

Já o segundo sustentáculo, baseia-se numa ideia implícita de que além de garantir o acesso ao Judiciário a todos, deve-se também ter a certeza de que todos aqueles que dele se socorrem terão a garantia de obter uma resposta estatal apta a ser levada a efeito no plano material, não sendo mera burocracia processual que não sai do papel.

Nesse sentido o autor Mauro Capelletti ensina que:

A expressão “Acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas para se determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. O primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPELLETTI, 1998, p. 30)

Dessa maneira, deve-se entender que todos aqueles que tiverem seu direito violado poderão socorrer ao Poder Judiciário e este não poderá ser impedido de apreciar a questão, ao passo que, também terá a responsabilidade de constatando tal irregularidade, conseguir a apresentar soluções justas e efetivamente presentes no plano material, não dando ao cidadão que o procurou uma mera sentença cheia de significado, porém, vazia de efeitos no plano concreto.

2.2.4 Princípios específicos do Direito do Trabalho afetos à negociação coletiva

Os princípios elencados tratam das relações entre sujeitos coletivos e dos processos que consubstanciam essas relações, que envolvem no seu íntimo, empregados, empregadores e seus entes sindicais. Dessa forma, tais princípios visam estipular os parâmetros das negociações coletivas trabalhistas

2.2.4.1 Princípio da interveniência sindical da normatização coletiva

O princípio ora estudado estipula que negociações coletivas só terão validade se acompanhadas pelo ser coletivo institucionalizado do obreiro, seu sindicato. Isso ocorre para que haja garantia de paridade entre as partes no momento da negociação, caso contrário, se fosse aceita a negociação direta entre empregado e empregador, o hipossuficiente continuaria sofrendo excessos abusivos como os que ocorreram no início do processo da industrialização.

Em virtude desse princípio, qualquer ajuste feito sem a intervenção do sindicato dos trabalhadores terá caráter de simples cláusula contratual, e nessa qualidade “submete-se a todas as restrições postas pelo ramo justralista às alterações do contrato de trabalho, inclusive o rigoroso princípio da inalterabilidade contratual lesiva.” (GODINHO, 2011, p. 57)

Por meio desse dispositivo, o legislador visa não oferecer a qualquer um o poderoso veículo de criação de normas jurídicas, de modo a garantir que os interesses sociais mais amplos sejam adequadamente resguardados.

2.2.4.2 Princípio da lealdade e transparência na negociação coletiva

Em qualquer relação negocial regulada pelo direito, ambas as partes devem agir de acordo com as premissas da boa-fé, neste sentido que se encontra o princípio da lealdade e transparência. Como o direito coletivo trabalhista objetiva formular normas jurídicas entre as partes contraentes, a lealdade e o acesso a informações estão presentes no núcleo duro dessa dinâmica.

Logo, a lisura entre as partes é fundamental para que se extraia da negociação realizada uma condição justa e equilibrada para ambas as partes. A responsabilidade social de se produzir normas, conduz à necessidade de transparência quanto às condições subjetivas e objetivas envolvidas na negociação. Afinal, tal dispositivo trata de negócio jurídico coletivo dirigido a produzir universos normativos regentes de importantes comunidades humanas, sendo a

transparência aqui necessária, sem dúvidas, maior do que a que se exige nos negócios jurídicos individuais.

2.2.4.3 Princípio da criatividade jurídica da normatização coletiva

Esse princípio consubstancia a própria existência do Direito Coletivo do Trabalho, ao traduzir a noção de que os processos negociais coletivos e seus instrumentos (contrato coletivo, acordo coletivo e convenção coletiva do trabalho) têm real poder de criar norma jurídica (com qualidades, prerrogativas e efeitos próprios a estas), em harmonia com a normatividade heterônoma estatal.” (GODINHO, 2011, p. 63). Importa salientar que o poder dado a negociação coletiva, permite a criação de normas jurídicas e não meras cláusulas contratuais, que, em geral, o Direito autoriza a qualquer agente particular.

A autorização dada ao direito coletivo do trabalho, permitindo que criasse normas por meio das negociações coletivas de seus agentes de uma comunidade econômico-profissional por intermédio do seu sindicato, demonstra de forma clara a realização do princípio democrático de descentralização da criação de normas, conforme explicitado nos tópicos anteriores, permitindo que fontes derivadas produzam conteúdo normativo para melhor atender as suas situações específicas.

Trata-se do negócio jurídico a que se refere Bobbio quando trata da concretização mais específica do ordenamento.

2.2.4.4 Princípio da adequação setorial negociada

O Princípio da adequação setorial negociada se preocupa com as possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva. Isto é, trata dos critérios que devem ser utilizados para harmonizar as normas coletivas oriundas das negociações coletivas e as normas jurídicas provenientes da legislação heterônoma do Estado.

Deve-se considerar que este é um princípio extremamente novo no ordenamento brasileiro, tendo espaço apenas após a Constituição de 1988 e vem se tornando, cada vez mais, um dos pontos principais da relação existente entre o direito coletivo e o direito individual trabalhista.

Sua importância reside no fato de tentar conformar os critérios de “validade jurídica e extensão de eficácia das normas oriundas de convenção, acordo ou contrato coletivo do trabalho em face da legislação estatal imperativa, que tanto demarca o ramo justralhista individual especializado.” (GODINHO, 2011, p. 65)

Para que seja autorizada a alteração de normas trabalhistas individuais por meio de normas autônomas juscoletivas que incidirão sobre determinada comunidade econômico-profissional devem ser respeitados critérios objetivos: as normas coletivas não podem reduzir direitos existentes a patamares inferiores àqueles estipulados na legislação aplicável, e as negociações coletivas devem somente transacionar parcelas justtrabalhista de natureza disponível.

No primeiro caso, as negociações estão aumentando a tutela do empregado, visto que respeitam a legislação heterônoma do Estado como um limite mínimo e, a partir daí, elevam o patamar setorial de direitos dos trabalhadores.

No segundo caso, por sua vez, proíbe-se a negociação coletiva de direitos indisponíveis do trabalhador, como matérias afetas à saúde e a segurança do trabalhador.

3 PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Para um melhor entendimento do regramento da prevalência do negociado sobre o legislado é primordial que se conheça o conceito e a abrangência desses institutos no panorama do Direito do Trabalho.

O legislado é composto pelos direitos trabalhistas previstos nos artigos 7º ao 11º da Constituição Federal, pela Consolidação das Leis do Trabalho, “que é a principal legislação que regula o trabalho subordinado, isto é, aquele em que o trabalhador executa o serviço sob as ordens do patrão e é por ele remunerado” (TEIXEIRA e KALIL, 2016), bem como, pelas normas contidas em tratados internacionais da OIT, em que o Brasil se faz signatário.

O negociado, por sua vez, é constituído por “Acordos Coletivos do Trabalho (ACT), firmados entre sindicato da categoria dos trabalhadores com uma ou mais empresas, ou Convenções Coletivas do Trabalho (CCT) firmadas entre os sindicatos das categorias dos trabalhadores com os sindicatos das categorias econômicas das empresas” (TEIXEIRA e KALIL, 2016), sendo esses os atores do Direito Coletivo do Trabalho.

Dessa forma, o direito coletivo trabalhista é responsável por regular as relações inerentes à autonomia privada coletiva, ou seja, versa sobre as relações firmadas entre organizações coletivas de empregados e empregadores, ou entre as organizações dos trabalhadores e as próprias empresas, por meio de acordos ou convenções coletivas, e que surgem da dinâmica da representação sindical e atuação coletiva inerente à classe dos trabalhadores.

Percebe-se que, ao tratar do direito coletivo, a lei exigiu que a parte hipossuficiente da relação, o empregado, fosse representado por um ente coletivo, de modo a tentar tornar os polos equivalentes, garantindo assim que os direitos trabalhistas fossem devidamente resguardados.

Por essa razão, o legislador concedeu as negociações coletivas “a função criadora de normas que regem seus grupos, atuando na constituição de regramentos que vão inclusive determinar direitos e obrigações na órbita dos contratos individuais de trabalho.” (CALCINI, 2017, p. 111).

Com isso, surgiu a possibilidade de que as partes envolvidas na relação trabalhista, que convivem diariamente com as mazelas da categoria e, conseqüentemente, estão mais aptas a sanar tais problemas, pudessem negociar e estipular cláusulas que teriam força de norma para o grupo econômico que representam.

Ocorre que, a autonomia concedida ao direito coletivo do trabalho na criação de normas não significa irrestrita sobreposição de ordem jurídica inferior a normas hierarquicamente superiores, muito menos, soberania das convenções perante o Estado.

Dessa maneira, no intuito de proteger o trabalhador, bem como, a hierarquia das normas, o legislador constituinte estabeleceu limites para a utilização das negociações coletivas.

Portanto, ao tratar da prevalência do negociado sobre o legislado, fala-se da possibilidade de aspectos acordados entre as partes possuírem mais força do que a lei expressa, desde que haja a melhoria das condições sociais, ou seja, respeitado o patamar mínimo civilizatório estabelecido na norma estatal.

3.1 AS POSSIBILIDADES DE PREVALÊNCIA DA NEGOCIAÇÃO ANTES DA REFORMA TRABALHISTA

3.1.1 Limites à Autonomia Privada Coletiva

Como já explicado, “a autonomia privada coletiva, é a capacidade atribuída aos sujeitos de Direito Coletivo de criar normas complementares ao regramento heterônomo, por meio do processo negocial” (CALCINI, 2017, p. 112).

A prevalência do negociado sobre o legislado, não foi uma inovação trazida pela Reforma Trabalhista ao cenário jurídico brasileiro. A Constituição Federal já conferia, de forma taxativa, a validade às normas originárias de convenções e acordos coletivos de trabalho, no seu artigo 7º, XXVI, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]
XXVI: reconhecimento das convenções e acordos coletivos do trabalho.

Nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro concede, por meio da sua Lei Maior, o *status* de fonte normativa às negociações coletivas desde que respeitem a regra fundamental do *caput* do artigo 7º da Constituição Federal, o qual preconiza que os acordos ou convenções coletivas devem trazer melhoria à condição social dos obreiros.

Essa foi a forma encontrada pelo legislador constituinte para limitar a extensão do dispositivo, resguardando e garantindo um patamar de direitos mínimos aos trabalhadores urbanos e rurais.

Posteriormente, este posicionamento do Brasil foi ratificado quando o país se tornou signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), popularmente conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”, que expõe no seu artigo 26 o comprometimento dos Estados signatários em adotar providências, por vias legislativas ou por outros meios, de consolidar o progresso social, conforme se denota:

Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, **a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura**, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, **na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.** (Convenção Interamericana de Direitos Humanos, 1969, grifei)

Isto posto, percebe-se que a autonomia negocial deve respeitar normas constitucionais, hierarquicamente superiores, bem como, “o ‘núcleo duro’ do Direito do Trabalho, formado por normas de fonte estatal (imperativas e de ordem pública), pautadas pelos princípios da proteção e da irrenunciabilidade” (CALCINI, 2017, p. 112).

Por essa razão, é vital para se entender os limites das negociações coletivas, a distinção entre normas de indisponibilidade absoluta e normas de indisponibilidade relativa, que podem ser explicadas da seguinte forma:

as primeiras englobam o patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, insuscetíveis, portanto, de modificação pela via da negociação coletiva. Já as segundas conferem efetividade ao princípio da adequação setorial negociada, mas para sua legitimação é necessário garantir ao menos um mínimo de contraprestação, além de se estabelecer um patamar superior de direitos, de

acordo com o princípio constitucional da progressividade dos direitos sociais (CALCINI, 2017, p. 113)

Em outras palavras, existem direitos trabalhistas relativamente indisponíveis, ou seja, direitos que podem ser negociados para o alcance de uma condição ainda melhor para o empregado, ao passo que, existem direitos absolutamente indisponíveis, os quais não podem ser transacionados em hipótese alguma, resguardando um patamar mínimo civilizatório ao trabalhador.

Nas palavras do doutrinador Maurício Godinho Delgado, esse patamar mínimo civilizatório é composto

por três grupos convergentes de normas trabalhistas heterônomas: as normas constitucionais em geral (respeitadas, é claro, as ressalvas parciais expressamente feitas pela própria Constituição: art. 7º, VI, XIII e XIV, por exemplo); as normas de tratados e convenções internacionais vigentes no plano interno brasileiro (referidas pelo art. 5º, § 2º, CF/88, já expressando um patamar civilizatório no próprio mundo ocidental em que se integra o Brasil); as normas legais infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes a bases salariais mínimas, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios etc) (DELGADO, 2017, p. 998-999).

O Tribunal Superior do Trabalho comunga desse respeito ao patamar mínimo. Tal entendimento é demonstrado de forma clara por meio de voto exarado pelo mesmo autor supramencionado, o Ministro Maurício Godinho Delgado, que ao ser relator do Recurso de Revista n. 11771120135080126, em abril de 2015, se manifestou sobre o tema da seguinte maneira:

Amplas são as possibilidades de validade e eficácia jurídicas das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis, havendo limites objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista. Desse modo, ela não prevalece se concretizada mediante ato estrito de renúncia ou se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. (DELGADO, 2015, p. 6)

Ou seja, pelo entendimento da corte superior trabalhista, o único meio de uma negociação coletiva retirar direitos legalmente garantidos aos trabalhadores, é naqueles casos em que os direitos são relativamente indisponíveis e desde que haja uma contrapartida expressa

por parte do empregador, de modo que, o trabalhador perderia alguns direitos, para conquistar outros melhores.

Esse mecanismo é pautado no “princípio da adequação setorial negociada, em que direitos são ajustados e compensados pelo sindicato com a finalidade maior de melhorar as condições de vida e de trabalho da categoria representada” (ZIMMERMANN, 2018), não admitindo que a negociação coletiva seja utilizada como “simples instrumento derogatório de direitos de fonte legal” (ZIMMERMANN, 2018).

Dessa forma, percebe-se que aos olhos do Tribunal Superior do Trabalho, a prevalência do negociado sobre o legislado só é aceitável quando representar uma melhora à condição social dos trabalhadores, visando a manutenção do princípio da proteção e da vedação ao retrocesso social.

A corte permite que tal prevalência ocorra de duas formas: a primeira seria por meio da concessão de direitos superiores aos estipulados pelo patamar mínimo civilizatório, resguardado pelas normas heterônomas; enquanto a segunda, seria por meio de transações, com concessões de ambas as partes, sendo passíveis de flexibilização apenas os direitos trabalhistas anteriormente convencionados pelas partes, inclusos aqui os que não possuam previsão legal prévia – normas objeto de plena criatividade jurídica das partes -, e igualmente aqueles que aumentaram o escopo protetivo de uma norma estatal pré-criada, sendo aqui a transação limitada ao restabelecimento do patamar mínimo civilizatório estabelecido no dispositivo em comento.

O Supremo Tribunal Federal, possui um julgado paradigma no que diz respeito a prevalência do negociado sobre o legislado: o RE-590.415, julgado em 2015 com relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

O referido caso, que ficou conhecido como PDI-BESC, tratou sobre a aceitação, ou não, da prevalência do negociado sobre o legislado, em cláusula decorrente de adesão do empregado a plano de demissão incentivada (PDI), quando instituído por acordo coletivo.

A cláusula em questão reconhecía a quitação ampla e irrestrita de toda e qualquer verba oriunda do contrato de trabalho e eventualmente pendente para os funcionários que aceitassem o PDI. O regulamento do plano, deixava claro que a aceitação ao plano se tratava de mera liberalidade do trabalhador, de modo que, aqueles que não aceitassem, teriam mantida a garantia de estabilidade no emprego.

O Recurso Extraordinário foi oposto pelo Banco do Brasil S/A, sucessor do Banco do Estado de Santa Catarina S/A (BESC), réu originário do processo, no qual se insurgiu contra

acórdão do TST que desconsiderou a quitação ampla e irrestrita, assentando que tal quitação deveria se limitar às parcelas e valores especificados no recibo

Por unanimidade, o Plenário do STF reformou a decisão do TST, decidindo ser válida referida cláusula para os casos de PDIs, desde que este item constasse no Acordo Coletivo de Trabalho e nos demais instrumentos assinados pelo empregado.

Uma análise perfunctória conduziria à imediata interpretação de que a Corte Suprema legitimou a relativização de direitos por meio da negociação coletiva, permitindo situações de precarização da condição do trabalhador por aquele instrumento.

Um exame mais aprofundado sobre o julgado, contudo, demonstra que, ao longo de todo o voto o relator tenta demonstrar que o trabalhador participou de todas as decisões, sendo devidamente instruído e amparado, tanto pelo sindicato, quanto pela Delegacia Regional do Trabalho, onde o Termo de Rescisão foi homologado.

Ademais, e principalmente, tais direitos eventualmente flexibilizados não fazem parte do patamar mínimo civilizatório, conforme ressaltado em parte do voto:

de acordo com o princípio da adequação setorial negociada, as regras autônomas juscoletivas 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. Embora, o critério definidor de quais sejam as parcelas de indisponibilidade absoluta seja vago, afirma-se que estão protegidos contra a negociação in pejus os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, como a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. Enquanto tal patamar civilizatório mínimo deveria ser preservado pela legislação heterônoma, os direitos que o excedem sujeitar-se-iam à negociação coletiva, que, justamente por isso, constituiria um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas (BARROSO, 2015, p. 16-17)

Posteriormente, adaptando tal conceito ao caso concreto, o Relator explica que:

ao aderir ao PDI, a reclamante não abriu mão de parcelas indisponíveis, que constituíssem “patamar civilizatório mínimo” do trabalhador. Não se sujeitou a condições aviltantes de trabalho (ao contrário, encerrou a relação de trabalho). Não atentou contra a saúde ou a segurança no trabalho. Não abriu mão de ter a sua CTPS assinada. Apenas transacionou eventuais direitos de caráter patrimonial ainda pendentes, que justamente por serem “eventuais” eram incertos, configurando *res dubia*, e optou por receber, em seu lugar, de forma certa e imediata, a importância correspondente a 78 (setenta e oito) vezes o valor da maior remuneração que percebeu no Banco. Teve garantida, ainda, a manutenção do plano de saúde pelo prazo de 1 (um) ano, a contar do

seu desligamento. Não há que se falar, portanto, em renúncia a direito indisponível. (BARROSO, 2015, p. 22)

Dessa forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal, ainda que tenha uma interpretação mais abrangente sobre os limites da autonomia privada coletiva, considera inaceitável a transação de direitos de indisponibilidade absoluta, respeitando, assim, o patamar mínimo civilizatório do trabalhador.

Ademais, ao longo de seu voto, o Ministro Barroso (2015, p. 19) esclareceu ainda que, para o caso concreto, “os PDIs possibilitam, ao menos, reduzir a repercussão social das dispensas, assegurando àqueles que optam por seu desligamento da empresa condições econômicas mais vantajosas do que aquelas que decorreriam da mera dispensa por decisão do empregador”.

Ou seja, ainda que permita a restrição de direitos trabalhistas, em um contexto geral, as PDIs são mais vantajosas ao trabalhador, de modo a aplicar os preceitos estipulados pelo artigo 7º da Carta Magna, em que se exige que as transações coletivas busquem uma melhora à condição social do obreiro, fato também defendido pelo Supremo Tribunal Federal.

Ressalta-se que no presente caso, julgado pelo STF, a tese da repercussão geral aprovada foi a seguinte: “A transação extrajudicial que importa rescisão do contrato de trabalho, em razão de adesão voluntária do empregado a plano de demissão incentivada, enseja quitação ampla e irrestrita de todas as parcelas objeto do contrato de emprego, caso essa condição tenha constado expressamente do acordo coletivo que aprovou o plano, bem como dos demais instrumentos celebrados com o empregado” (BARROSO, 2015, p. 2).

Ao analisar referida tese, é preciso ter bastante cuidado com seu conteúdo exposto, visto que, ainda que os ministros do Supremo tenham respeitado os limites constitucionalmente estipulados, o modo como foi escrita, não exprime limite material de respeito ao patamar mínimo civilizatório, podendo dar margem para que PDIs apliquem cláusulas gerais que ferem direitos básicos dos trabalhadores, sob a alegação de que o STF permite, o que seria extremamente desarrazoado.

Dessa maneira, percebe-se que, até a promulgação da Reforma Trabalhista no Brasil, as Cortes Supremas em matéria do trabalho, discutiam os limites da autonomia privada coletiva, porém, eram uníssonas em estabelecer que essa não poderia infringir direitos trabalhistas absolutamente indisponíveis, exigindo o respeito ao patamar mínimo civilizatório estipulado pela legislação.

Importante fato a ser enfrentado nessa definição dos limites à autonomia privada coletiva, descansa sobre a inexistência de consenso na definição explícita do patamar mínimo civilizatório no direito brasileiro. Ainda que se leve em consideração as definições expostas por Godinho, referido patamar não possui uma conceituação unânime na doutrina, de modo a dar margem argumentativa para ser redefinido em cada caso concreto.

3.2 ANÁLISE DOS ARTIGOS 611-A E 611-B E A EXTENSÃO DO INSTITUTO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

O Projeto de Lei Complementar n. 38/2017 que deu origem a Lei n. 13.467/17, dentre diversas mudanças, inseriu dois dispositivos na CLT que versam diretamente sobre o mecanismo do negociado sobre o legislado. Os artigos 611-A e 611-B tratam sobre temas em que se permite e proíbe, respectivamente, que normas negociadas prevaleçam sobre normas expressas.

O primeiro artigo apresenta uma série de temas em que a negociação coletiva têm prevalência sobre a lei, como se nota:

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. (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017)

Esse dispositivo apresenta alguns pontos que merecem destaque. O primeiro é a utilização do termo “entre outros” em seu caput, que indica tratar-se de rol meramente exemplificativo, permitindo a prevalência do negociado sobre o legislado em outras hipóteses não previstas em lei. Logo, por não expor limites claros, é necessária uma leitura conjunta com o artigo 611-B.

Conforme explica a desembargadora Vólia Bomfim Cassar (2017, p.76), “a norma não teve como objetivo ampliar direitos, pois isso sempre foi possível”, o que realmente realizou foi a transformação da “maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição Federal, em direitos disponíveis.”

Portanto, a nova dinâmica de prevalência do negociado sobre o legislado, trazida pela Reforma Trabalhista, permite que nos itens arrolados no art. 611-A, ou em outras matérias, possa-se reduzir ou suprimir direitos dos obreiros, principalmente se tais negociações ocorrerem com sindicatos não representativos perante a base ou em cenários econômicos adversos.

Como exemplo disso, tem-se o inciso XIII, do referido artigo, que permite a prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem ser necessária licença do Ministério do Trabalho. Ocorre que, “a insalubridade e seus graus são direitos relacionados à medicina e segurança do trabalho e, por isso, defeso à negociação coletiva.” (CASSAR, 2017)

A Norma Regulamentadora 15, que trata sobre atividades e operações insalubres, estabelece no seu item 15.4.1.1 que:

Cabe à autoridade regional competente em matéria de segurança e saúde do trabalhador, comprovada a insalubridade por laudo técnico de engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, devidamente habilitado, fixar adicional devido aos empregados expostos à insalubridade quando impraticável sua eliminação ou neutralização. (Ministério do Trabalho, 2015, p. 2)

Dessa forma, questões relacionadas ao grau de insalubridade precisam ser avaliadas por um *expert* em matéria de saúde e segurança do trabalho, visto que, “o trabalho insalubre pode se intensificar conforme o tempo de exposição do trabalhador ao agente agressivo” (CASSAR, 2017), de forma que a permissão de exposição por mais horas pode agravar a nocividade prevista nas normas regulamentares ou até abalar a saúde do trabalhador, sendo inconcebível a flexibilização de tal jornada por meio de negociação.

Em seu parágrafo primeiro, ao tratar da profundidade com que a Justiça do Trabalho poderá analisar as negociações, o artigo diz que se deve observar o parágrafo terceiro do artigo 8º da CLT, que assim dispõe:

“Art. 8º [...]:

§3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.” (Lei 5.452, de 1 de maio de 1943)

Por esse motivo, abre-se aqui possível lacuna interpretativa de qual seria o grau de intervenção da Justiça do Trabalho nas negociações, ou seja, se deveria ela somente cumprir a formalidade de verificar a existência dos elementos sem poder analisa-los a fundo, ou teria competência para aprofundar-se no mérito e conteúdo das cláusulas do instrumento negocial coletivo.

Nessa senda, resta importante analisar que os elementos essenciais do negócio jurídico – agentes, forma, objeto e manifestação de vontade – não comportam, na legislação civil, apenas análise sob o plano de sua existência, mas igualmente em seus planos de validade e eficácia, conforme afirma Antonio Junqueira de Azevedo (V, 2010), referindo-se a ideia da “escada ponteara” de Pontes de Miranda, “o exame do negócio jurídico deve ser feito em três planos: existência, validade e eficácia. Somente quando completa todo o ciclo de sua realização é que um negócio existe, vale e é eficaz.”

Dessarte, as cláusulas da negociação coletiva, que seriam o seu objeto, se analisados sob o prisma da validade, necessitam ter as qualidades essenciais estabelecidas no artigo 104, II do Código Civil: ser objeto lícito, possível, determinado ou determinável.

Sendo a licitude evidentemente vinculada ao conteúdo normativo das normas heterônomas estatais, percebe-se que a análise do conteúdo das cláusulas coletivas – e sua conformidade com a norma estatal – encontra-se dentro do núcleo de análise dos elementos essenciais do negócio jurídico.

Conduzindo-se à interpretação diversa, e assim, estabelecendo a Justiça do Trabalho como mero instituto de homologação formal das negociações coletivas, sem competência de análise dos conteúdos normativos negociais, permitir-se-ia inclusive a violação do princípio da inafastabilidade do judiciário, que é princípio constitucional basilar do direito pátrio.

Entende-se, pois, que ao analisar a validade do negócio jurídico, a Justiça do Trabalho tem o direito e dever de analisar se o objeto se encontra em consonância com o restante do contexto jurídico em que está inserido.

Em consonância com esse entendimento, o autor Antonio Junqueira de Azevedo explica que:

A validade é, pois, a qualidade que o negócio deve ter ao entrar no mundo jurídico, consistente em estar de acordo com as regras jurídicas (“ser regular”). Validade é, como o sufixo da palavra indica, qualidade de um negócio existente. “Válido” é adjetivo com que se qualifica o negócio jurídico formado de acordo com as regras jurídicas. (AZEVEDO, 2002, p. 41–42)

Logo, percebe-se que, para ser válido, o objeto do negócio precisa estar em conformidade com as regras jurídicas sobre ele incidentes, de modo a permitir que tal análise seja feita pela justiça especializada, para permitir que a negociação produza efeitos ou, pelo contrário, seja anulada.

Outro ponto importante para o tema em análise é o atual entendimento do TST, no sentido de que não pode ser estabelecida uma negociação coletiva com atos de mera renúncia por parte do trabalhador, devendo sempre haver uma contraprestação, com concessões recíprocas.

Ocorre que o parágrafo segundo do referido artigo, estabelece não ser necessária a indicação de contrapartidas explícitas nos referidos instrumentos coletivos, visto tal ausência não caracterizar um vício do negócio jurídico.

Em outras palavras, passa-se a permitir negociações coletivas que tenham como objeto, unicamente, a restrição de direitos dos trabalhadores, sem contrapartidas por parte do

empregador. Dessa maneira, o dispositivo vai de encontro ao princípio da proteção, que visa amparar o obreiro hipossuficiente, bem como viola os limites da autonomia privada coletiva, que aceita apenas a flexibilização de direitos relativamente indisponíveis, desde que, a contraprestação por parte do empregador renda ao trabalhador condição mais favorável.

Entretanto, “vale observar que, de acordo com o novel §3º do art. 611-A, haverá uma contrapartida obrigatória, que é a proteção contra a dispensa imotivada durante o prazo de vigência do referido instrumento coletivo quando for prevista a redução de jornada ou salário.” (LOURO, 2017)

Em outras palavras, o legislador estipulou que apenas nos casos em que a negociação coletiva reduzir a jornada de trabalho ou o salário do empregado, se fará necessária a contrapartida expressa do setor patronal de proteção à dispensa imotivada durante a vigência do referido instrumento coletivo.

O artigo 611-B, por sua vez, demonstra, em um rol aparentemente taxativo, dos temas em que a supressão ou redução de direitos dos trabalhadores, por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, consistirá em ilicitude do objeto.

A maioria dos assuntos elencados no artigo 611-B, estão atrelados as garantias já existentes no artigo 7º do texto constitucional, como se percebe:

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. (Lei 13.467, de 13 de julho de 2017)

Como percebe-se da leitura do artigo, foram apontadas matérias que não podem ser suprimidas ou reduzidas por meio de negociação coletiva, sob pena de ter seu conteúdo considerado como ilícito e, conseqüentemente, ser declarada nula a negociação.

Os autores Leonardo Dias Borges e Vólia Bomfim Cassar (2017, p. 82) consideram que, da forma com que o texto está elaborado, resta “claro que a norma não é taxativa, mas sim restritiva, pois esqueceu de impedir que a negociação coletiva viole, por exemplo, direitos da personalidade e liberdades garantidas pela Constituição.”.

Dessa maneira, entende-se que existem outros vícios capazes de anular uma norma coletiva que não estão elencados no artigo 611-B, motivo pelo qual, este não pode ser interpretado de forma exaustiva, mas, exemplificativa. Caso contrário, conceder-se-ia mais uma arma ao empresariado para suprimir direitos e garantias trabalhistas.

Outro ponto que merece ser destacado do artigo em questão é seu parágrafo único. Nele pretende-se desvincular a duração da jornada de trabalho e seus intervalos das medidas de saúde e segurança do trabalho, com o objetivo de autorizar suas flexibilizações em negociações coletivas.

Com isso, o parágrafo único viola expressamente o direito fundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (CF/88, art. 7º, XXII), tendo em vista a “influência que a jornada de trabalho e os intervalos exercem sobre o tempo de exposição do trabalhador aos riscos inerentes ao ambiente de trabalho” (Ministério Público do Trabalho, 2017h, p.17)

Ademais, o instituto incorre patente violação à Convenção 155 da OIT, que trata de saúde e segurança do trabalhador e foi ratificada pelo Brasil em maio de 1993. O artigo 5º da referida Convenção estipula que:

“A política à qual se faz referencia no artigo 4 da presente Convenção **deverá levar em consideração as grandes esferas de ação que se seguem, na medida em que possam afetar a segurança e a saúde dos trabalhadores** e o meio ambiente de trabalho:

[...]

b) relações existentes entre os componentes materiais do trabalho e as pessoas que o executam ou supervisionam, e adaptação do maquinário, dos equipamentos, **do tempo de trabalho**, da organização do trabalho e das operações e processos às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores;” (Organização Internacional do Trabalho, 1982, grifei)

Ao ratificar referida norma internacional, o Brasil se comprometeu a instituir políticas públicas de prevenção de acidentes e doenças do trabalho, regulando, de forma protetiva, diversos aspectos capazes de afetar sua saúde e segurança do trabalhador, dentre os quais se encontra a extensão da jornada de trabalho.

Como estipula a Nota Técnica n. 8, exarada pelo MPT em junho de 2017, com a ratificação da Convenção 155 da OIT, o Brasil concedeu o

status supralegal, para os efeitos do art. 5º, § 2º, da Constituição, essa norma internacional impõe ao legislador ordinário não apenas a consideração da jornada na instituição das normas de saúde e higiene do trabalho (CF/1988, art. 7º, XXII), mas a adaptação da jornada de trabalho, conforme os riscos presentes no ambiente de trabalho, a fim de reduzir o tempo de exposição do trabalhador. (Ministério Público do Trabalho, 2017h, p.17)

Dessa forma, percebe-se que os limites legais de jornada de trabalho constituem parte do patamar civilizatório mínimo e negociáveis, sendo inconstitucional a tentativa de retirar seu

caráter de norma ligada à saúde e higiene do trabalho. Logo, aceitar que tal direito seja reduzido ou suprimido significa uma profunda afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana e da valorização social do trabalho.

Normas relativas à segurança e saúde do trabalho são parte inerente do patamar mínimo civilizatório. Dessa forma, a possibilidade de flexibilizá-las, contraria entendimento do TST e do STF, que entendem que a autonomia privada coletiva possui tal patamar como limite insuperável.

Como resultado de tudo que foi explicitado no presente tópico, entende-se que o objetivo da implementação dos artigos 611-A e 611-B na CLT “é viabilizar a prevalência do negociado sobre o legislado, em toda e qualquer situação, inclusive para minorar ou extinguir direitos, com exceção dos temas previstos nos incisos do artigo 611-B” (Ministério Público do Trabalho, 2017g, p. 9), visando, dessa forma, piorar a condição dos trabalhadores, haja vista, que se tivessem a intensão de beneficiá-los, a proposta seria inócua, eis que já prevista na Constituição.

3.3 VIOLAÇÕES A PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL TRABALHISTA

Em épocas de manifesto afronte a princípios jurídicos basilares, torna-se ainda mais importante a necessidade de reafirmação do Direito do Trabalho como mecanismo de concretização dos direitos fundamentais.

Após toda a luta travada pelos trabalhadores na conquista de seus direitos e garantias mínimas, o trabalho “não deve ser tratado como mercadoria, ou seja, não deve estar sujeito às leis do mercado, pois o trabalhador é um ser humano e, por conseguinte, é portador de uma dignidade essencial que deve ser respeitada em qualquer circunstância” (RODRIGUEZ apud VIDAL, 2017, p. 345).

Por esse motivo, aliado ao fato do Direito do Trabalho estar inserido na categoria de direito fundamental, esse ramo do direito possui um “núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões” (MENDES apud VIDAL, 2017, p. 345).

Dessa forma, é inegável que, na seara trabalhista, os princípios desempenham função primordial para que haja um dinamismo à sua disciplina, sem que se percam as diretrizes protecionistas fundantes do Direito do Trabalho. De modo que as mudanças legislativas alterem

a realidade fática do ramo, acompanhando a evolução das relações de trabalho, sem retirar a proteção do hipossuficiente da relação.

Conforme demonstrado no tópico anterior, os artigos 611-A e 611-B aumentam a abrangência do instituto da prevalência do negociado sobre o legislado, admitindo a supressão ou minoração de direitos dos trabalhadores.

Agindo dessa forma, os dispositivos em análise afrontam inúmeros princípios vitais à Constituição e à legislação trabalhista, dentre os quais o presente estudo elencará 6 (seis) que considera terem sido os mais ofendidos, de modo a demonstrar que tais violações levam os referidos artigos a uma profunda incongruência com os pilares do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.1 Violação ao princípio da norma mais favorável

Conforme explicitado no segundo capítulo deste estudo, este princípio surge do desdobramento do sobreprincípio da proteção ao trabalhador, preconizando a aplicação de uma norma mais favorável ao obreiro em face da hierarquia das normas.

Tal princípio se baseia na ideia de que o caput do artigo 7º da Constituição Federal estipula um patamar mínimo civilizatório, o qual pode ser ampliado por meio de leis ordinárias ou negociações coletivas.

Dessa forma, quando os artigos 611-A e 611-B admitem que negociações coletivas possam reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores, deixando-os em uma condição pior do que a anterior, violam de forma cabal o princípio da aplicação da norma mais favorável.

O referido princípio, como já demonstrado, é utilizado em três momentos distintos, no momento da elaboração das normas, no momento da utilização das normas, quando houver mais de uma aplicável ao caso, e no momento de interpretação de uma norma.

No caso em análise, a violação ocorreu no primeiro momento. Na elaboração dos referidos dispositivos, o legislador ignorou as premissas basilares do direito pátrio, e criou uma norma que fere princípios e regras constitucionais. Com relação aos outros dois momentos, aplicação e interpretação da norma, será necessário aguardar a utilização, ou não, dos referidos dispositivos por parte dos magistrados, para analisar o que irão privilegiar.

Ressalta-se ainda que, a observância do negociado sobre o legislado de forma incontestada, levaria a uma utilização inversa do princípio da norma mais favorável, quando o negociado contrariasse a norma constitucional.

Explica-se, enquanto o princípio visa a prevalência da norma mais benéfica ao trabalhador, independentemente da sua condição hierárquica na pirâmide de Kelsen, os referidos dispositivos inseridos pela Reforma, permitem a prevalência de uma norma infraconstitucional, sobre uma norma hierarquicamente superior, de modo a prejudicar o obreiro.

Ou seja, é a inversão de forma perversa do princípio ora analisado, sendo totalmente incompatível tal utilização do ponto de vista principiológico e legal.

Logo, os artigos 611-A e 611-B, ao permitirem a prevalência de acordos ou convenções coletivas sobre a legislação, ainda que *in pejus*, aceitam que o empregador estabeleça com o sindicato obreiro condições menos favoráveis aos empregados sobre direitos absolutamente indisponíveis - ou quando relativamente, sem contrapartidas. Por consequência, violam de forma veemente o princípio da aplicação da norma mais favorável e, consequentemente, ferem o sobreprincípio da proteção ao trabalhador, que tem como núcleo basilar proteger a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

3.3.2 Violação ao princípio da irrenunciabilidade (e indisponibilidade) dos direitos trabalhistas

Os direitos trabalhistas, como já demonstrado, são, de forma geral, irrenunciáveis e indisponíveis. Isso ocorre porque o artigo 9º da CLT estipula que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Agindo dessa forma, o legislador tornou os direitos básicos trabalhistas indisponíveis até mesmo para o trabalhador, visando protegê-lo. Explica-se, em uma negociação com o empregador, sabendo que existe um exército de desempregados desejando o pleno emprego, sem o presente artigo, permitir-se-ia um leilão de renúncias de direitos para ver quem ficaria com a vaga, de modo a prejudicar única e exclusivamente o obreiro.

Tendo em vista tal possibilidade, o legislador proibiu a flexibilização de tais direitos, tornando-os indisponíveis, de modo a resguardar uma série de garantias trabalhistas à parte mais frágil da relação.

Em sentido contrário, a Reforma Trabalhista inseriu os artigos 611-A e 611-B na CLT, de modo a permitir a flexibilização e negociação de diversos direitos, sem exigir uma contraproposta expressa por parte do empregador.

Ainda que diversos direitos trabalhistas ganhem caráter rígido, impedindo que o trabalhador, de forma individual, disponha deles, os artigos ora estudados permitem que por meio de negociações coletivas, seus sindicatos renunciem esses direitos em seus nomes. De modo que, penalizam de morte o princípio da indisponibilidade, bem como, a proteção conferida pela CLT ao trabalhador.

Ao tornar tais direitos passíveis de negociação, quebram-se as barreiras protetivas dos empregados, contra seus patrões, de forma que não precisaram respeitar nem o patamar mínimo estipulado pela Constituição.

Isso acarreta diversas consequências perversas ao trabalhador que, sem forças para lutar, ficará refém de uma representação sindical forte, apta a protegê-lo da maneira devida, visto que a Reforma retirou da legislação tal função.

3.3.3 Violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho

Como explicado de maneira mais minuciosa no capítulo 2 do presente trabalho, o princípio da dignidade da pessoa humana é base do ordenamento jurídico brasileiro, a medida que fornece ao cidadão, direitos e deveres fundamentais que servem para preservar a sua dignidade.

Dessa maneira, o constituinte concedeu ao princípio da dignidade da pessoa humana protagonismo em nosso sistema jurídico de modo que todas as leis criadas devem mais do que respeitá-lo, almejá-lo.

Dentro da seara trabalhista, tal princípio se consubstancia no princípio da proteção ao trabalhador, que por ser parte hipossuficiente, deve gozar de uma maior proteção do Estado, em face do outro polo da relação de trabalho - o empregador - impedindo que esse, se utilize dos meios de coerção e de poder que detêm para infringir os direitos e garantias mínimos dos trabalhadores.

Nesse contexto, estão os artigos 611-A e 611-B que buscam dar nova regulamentação e abrangência à prevalência do negociado sobre o legislado. Nesse intuito, porém, o legislador ultrapassou algumas barreiras, protegidas por princípios constitucionais, entre eles, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Alguns aspectos tratados por esses artigos, infringem o patamar mínimo civilizatório, que estipula o mínimo de dignidade que a sociedade e o Estado devem ter para com seus cidadãos.

Admitir a negociação entre sindicato e empregador do enquadramento do grau de insalubridade do trabalhador, sem a presença de qualquer expert no assunto como um perito de segurança e saúde do trabalho é afronta brutal a dignidade do ser humano.

Sobre esse tema, o segundo artigo supracitado tem a pretensão de estipular que questões relacionadas à duração do trabalho e intervalos não sejam consideradas normas de segurança, higiene e saúde, na tentativa de permitir a flexibilização desses temas de maneira mais branda.

Fala-se aqui em questões sérias, ligadas a saúde, higiene e segurança do trabalhador, direitos básicos e fundamentais que devem ser preservados a todo o custo, não podendo ser utilizados como moeda de troca em negociações. Não se pode permitir que o mercado estipule como serão tratados os direitos fundamentais, pelo contrário, esses devem estipular até onde o mercado poder ir com relação a normas protetivas do obreiro.

Logo, referidos dispositivos, que pretendem a flexibilização das relações trabalhistas, além de ultrapassar os direitos fundamentais sociais previstos na Constituição, também violam princípios constitucionais que tratam da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho.

3.3.4 Violação ao princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social age como balizador de todo o ordenamento jurídico. Visa a proteção da sociedade contra leis supervenientes que pretendem atingir de forma negativa os direitos sociais já conquistados.

Tal princípio traz a ideia de que após o Estado implementar um direito fundamental, não poderá retroceder, ou seja, não poderá praticar nenhum ato que vise suprimir ou retirar um direito passível de fruição.

Dentro desse contexto, encontra-se o Direito do Trabalho, que enquadrado como direito social, ganhou *status* de garantia fundamental pela Constituição de 1988, passando, mais do que nunca, a ter o presente princípio regendo sua dinâmica.

Ademais, resta explícito no artigo 7º da Carta Magna brasileira que são direitos dos trabalhadores, os que se encontram ali elencados, além daqueles que visem à melhoria de sua condição social. Ou seja, para ganhar o status de direito do trabalho, o dispositivo deve agregar socialmente ao trabalhador.

Posto isso, é notável que a inserção dos artigos 611-A e 611-B na CLT pela Reforma Trabalhista “constitui verdadeira afronta ao princípio da vedação ao retrocesso social, por

permitir que por meio de acordos ou convenções coletivas, direitos previstos em lei e que asseguram patamares mínimos e dignos de proteção aos trabalhadores possam ser reduzidos.” (ASSIS, 2017, p. 13)

Como já explicitado anteriormente, ainda que a prevalência do negociado não seja novidade no ordenamento jurídico brasileiro, essa prevalência era vislumbrada para aumentar o patamar civilizatório mínimo estipulado pela Constituição.

Dessa forma, percebe-se que o intuito desses dispositivos incluídos na CLT é justamente permitir a redução e flexibilização de direitos e garantias dos trabalhadores, consagrando prejuízo eminente à classe obreira.

Tamanho retrocesso fica ainda mais evidente com a análise das matérias abrangidas pelo artigo 611-A, quais sejam, redução de pagamentos, enquadramento em grau de insalubridade, prorrogação de jornada em local insalubre sem licença prévia, pactuação para definir funções de confiança e, a mais abusiva, presente no seu parágrafo, que estipula que mesmo havendo demasiada redução ou supressão de direitos nas normas coletivas, não é necessária expressa indicação de contrapartida por parte do empregador, visto não configurar vício ao negócio jurídico.

Logo, é evidente que os referidos artigos têm como função a piora de direitos trabalhistas já conquistados, de forma a flexibilizar diversos direitos sociais, piorando a condição do trabalhador. Dessa maneira, tais medidas fazem o direito do trabalho retroagir décadas, forçando o trabalhador a reviver injustiças cometidas no passado por seus empregadores, que ao invés de tomar como lição, o legislador prefere ignorar, e violar de forma cabal o princípio da vedação ao retrocesso social, ferindo, conseqüentemente, o âmago do ordenamento jurídico brasileiro.

3.3.5 Violação ao princípio da legalidade

A negociação na relação coletiva de trabalho, cria lei entre as partes há décadas, desde a promulgação da Carta Magna. As leis acordadas possuem caráter infraconstitucional, de modo que devem respeito e obediência a normas hierarquicamente superiores, ou seja, devem respeito a Constituição.

Esta, por sua vez, ao versar sobre o Direito do Trabalho, estipula um patamar civilizatório mínimo, permitindo que outros meios que visem a melhora da condição social do obreiro, possam ser fonte de direito para trabalhadores rurais e urbanos.

Ocorre que, com a inserção dos artigos 611-A e 611-B, passa-se a permitir, como já demonstrado, a realização de negociações coletivas que prejudicam a condição social do empregado, sem que se exija uma contraproposta explícita, violando frontalmente as diretrizes constitucionais.

Dessa forma, o legislador pretende equiparar as negociações coletivas do direito do trabalho, as relações contratuais regidas pelo Código Civil, de forma a reduzir os direitos trabalhistas protegidos constitucionalmente, a direitos meramente contratuais, regidos pela máxima do *pacta sunt servanda*, permitindo que o negociado viole o patamar civilizatório mínimo estipulado pela Constituição.

Aceitar que lei infraconstitucional permita a violação de preceitos constitucionais é ferir de morte o princípio da legalidade, bem como, extirpar qualquer harmonia ou congruência que se espera de um ordenamento jurídico complexo.

Como bem explica o Ministro Gilmar Ferreira Mendes (apud MENDONÇA, 2017):

A situação normativo-hierárquica privilegiada da lei como fonte única do direito e da justiça, fruto do pensamento racional-iluminista, não pôde resistir ao advento das leis constitucionais contemporâneas como normas superiores repletas de princípios e valores condicionantes de toda a produção e interpretação / aplicação da lei. Rebaixada de sua proeminência normativa inicial, a lei passou a ter com a Constituição uma relação de subordinação (formal e material), submetida à possibilidade constante de ter sua validade contestada, e de ser, portanto, anulada, perante um Tribunal ou órgão judicial especificamente encarregado da fiscalização de sua adequação aos princípios constitucionais que lhe são superiores.

Em outras palavras, não é admissível que norma infraconstitucional prevaleça sobre norma constitucional, haja vista, essa última carregar consigo uma carga valorativa e principiológica que serve de pilar fundante do ordenamento jurídico brasileiro.

Ainda que o Direito do Trabalho admita a “exceção” do princípio da norma mais favorável ao trabalhador, permitindo que norma inferior prevaleça sobre norma constitucional quando mais benéfica, o presente caso não se enquadra nessa concepção, visto que a lei infraconstitucional, estabelece critérios prejudiciais ao obreiro, de modo a ser inadmissível sua prevalência.

Assim, percebe-se que tais artigos inseridos pela Lei n. 13.467/17 violam a hierarquia normativa de Kelsen, ao desrespeitarem norma hierarquicamente superior, ou seja, norma que lhes dá validade, bem como, transgridem o princípio constitucional da legalidade.

3.3.6 Violação ao princípio da adequação setorial negociada

Conforme exposto anteriormente, o princípio da adequação setorial negociada visa a harmonização entre normas coletivas e individuais, tendo como baliza os limites do patamar civilizatório mínimo estipulado pela convergência das normas trabalhistas constitucionais, infraconstitucionais e as normas provenientes de tratados e convenções internacionais em que o Brasil é signatário.

Em análise as possibilidades de negociações coletivas, com base no princípio estudado, percebe-se seu desdobramento em duas vertentes permissíveis:

- a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorialmente parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta) (DELGADO apud VIDAL, 2017).

No primeiro caso, tem-se a negociação coletiva aumentando a proteção dos parâmetros sociais estipulados pela legislação heterônoma, agindo de forma compatível ao princípio da proteção. Na segunda situação, trata-se de caso de transação de direitos convencionalmente avançados (ou de indisponibilidade relativa, segundo Godinho) pertencentes ao trabalhador, ao passo que o empregador deverá conceder algo em retorno, tendo, em um balanço final, vantagem para a condição social do obreiro.

Nessa perspectiva, vale salientar que, ainda que permissível a flexibilização dos direitos acima assinalados, estes devem ser transacionados, ou seja, deve haver uma contraprestação por parte do empresário, não sendo passíveis de renúncia, haja vista, serem verdadeiros princípios constitucionais, “correspondendo a verdadeiros mandamentos de otimização” (SARLET apud VIDAL, 2017).

Nesse ponto, percebe-se verdadeira dissonância dos artigos 611-A e 611-B para com esses mandamentos. Primeiro, ao permitir que aspectos inclusos no patamar mínimo de direitos e garantias pertencentes ao trabalhador, sejam negociados, como questões relativas a duração da jornada de trabalho, ao grau de insalubridade e prorrogação da jornada nesses ambientes, desrespeitando os limites existente para as negociações trabalhistas.

Outro aspecto bastante controverso diz respeito a possibilidade da negociação coletiva flexibilizar direitos dos trabalhadores, sem a exigência de uma contraprestação expressa por parte do empregador, visto tal situação não configurar vício do negócio jurídico, conforme

estipulado pelo parágrafo 2º do artigo 611-A. Dessa maneira, estar-se-á legalizando mais do que a supressão de direitos trabalhistas, mas a supressão de direitos fundamentais.

Por fim, percebe-se outra violação quando o artigo 611-B, em seu parágrafo único, estipula que “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”, desrespeitando, entre outras coisas, o entendimento já consolidado sobre o tema na doutrina e jurisprudência nacional.

Com essas medidas, o legislador desrespeita frontalmente os pilares e limites do princípio da adequação setorial negociada, que, como já demonstrado, devem se nortear pelo patamar mínimo civilizatório, devendo ser rechaçada qualquer interpretação de flexibilização, muito menos, supressão desses direitos e garantias fundamentais conquistados pelos trabalhadores.

3.4 INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 611-A E 611-B DA CLT: SUBVERSÃO À HIERARQUIA DAS NORMAS E A RESTRIÇÃO DE DIREITOS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO

Conforme já demonstrado no corpo deste trabalho, as normas jurídicas respeitam uma hierarquia fundamental para preservar a coesão do ordenamento, impedindo que leis inferiores desrespeitem leis superiores, bem como, impedindo que maiorias momentâneas sejam capazes de infringir direitos e garantias fundamentais. Ou seja, tal mecanismo funciona como uma defesa do legislador contra o próprio Estado, limitando o poder desse ao texto legal.

Tal escalonamento normativo se evidencia por meio da pirâmide normativa de Kelsen que, em seus estudos, demonstra que as normas não estão em um mesmo plano, mas divididas entre normas fundantes e normas fundadas, sendo a norma superior o fundamento de validade para a existência da norma inferior.

Essa pirâmide normativa é estruturada em uma norma superior, chamada de Lei Fundamental, que é uma norma hipotética e tem por objetivo, além de manter a unidade do ordenamento, conceder poder a Constituição para estipular a criação e regulação das demais normas. A Constituição, por sua vez, é o ápice da pirâmide, sendo encontradas logo abaixo, as normas gerais oriundas do Poder Legislativo e Judiciário, e por fim, em sua base, encontram-se as normas individualizadoras divididas em decisões jurídicas isoladas e negócios jurídicos.

Nesse contexto, as negociações coletivas se enquadram na última categoria, os negócios jurídicos, que por estarem na base da pirâmide, devem respeito às normas superiores, quais sejam, normas gerais e Constituição. Ao exigir esse respeito, estipulam-se balizas para a criação de leis infraconstitucionais, de modo a delimitá-las à Constituição, fazendo com que haja uma coesão e harmonia no ordenamento, gerando maior segurança jurídica.

Ocorre que os dispositivos 611-A e 611-B, como demonstrado inúmeras vezes, desrespeitam de forma evidente regras e princípios trabalhistas e constitucionais. Dessa feita, tem-se lei inferior manifestamente em discordância com lei superior.

Presente desconformidade, é notória subversão ao mecanismo da hierarquia normativa, de modo que, atualmente, existem negociações coletivas que desrespeitam normas trabalhistas e constitucionais, porém, continuam produzindo seus efeitos no campo fático-jurídico.

Dessa forma, como os novos dispositivos impedem que o mecanismo de Kelsen atinja seu objetivo, qual seja, criar unidade no ordenamento jurídico, evitando que este entre em contradição interna, deve-se utilizar a solução criada pelo doutrinador austríaco. Na presença de antinomia entre normas inferiores e superiores, as primeiras devem ser consideradas inválidas. No caso em análise, os dispositivos supramencionados, por violarem a Constituição, devem ser considerados inconstitucionais e retirados do ordenamento jurídico brasileiro.

Tais violações a Lei Maior se mostram evidentes ao analisar que os artigos 611-A e 611-B trouxeram para a CLT a possibilidade da negociação coletiva *in pejus* ao trabalhador, que se consubstancia em três pontos principais, quais sejam, (i) os temas, expostos de forma exemplificativa nos incisos do artigo 611-A que admitem flexibilização na negociação coletiva, (ii) o parágrafo segundo do mesmo artigo que permite a supressão de direitos trabalhistas sem exigir contrapartidas, e por fim (iii) o parágrafo único do artigo 611-B, o qual estipula que regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

O primeiro ponto trata da permissibilidade que o artigo 611-A inseriu no ordenamento, permitindo que fossem flexibilizados diversos pontos sensíveis aos trabalhadores como: jornada de trabalho, intervalo de descanso, regime de trabalho, insalubridade, descanso semanal, remuneração, entre outros, de modo a violar o patamar mínimo civilizatório, estipulado pela Constituição, infringindo assim, os princípios da proteção, da dignidade da pessoa humana, da vedação ao retrocesso social, entre outros princípios fundamentais para o direito brasileiro.

O segundo aspecto, já bastante explorado, trata sobre a possibilidade que a reforma traz de que negociações coletivas suprimam direitos dos trabalhadores, sem exigir uma

contraprestação de forma expressa do empregador, visto tal ausência não configurar vício no negócio jurídico. Dessa forma, viola os dizeres constitucionais que estipulam que o trabalhador só pode perder direitos quando estes forem relativamente indisponíveis, e se o fizer, terá que ser por meio de transação, ou seja, com concessões de ambas as partes, as quais, tenham como resultado uma melhora social ao empregado.

Por fim, o terceiro aspecto é o mais transgressor e diz respeito ao parágrafo único do artigo 611-B, que exclui as regras que versam sobre jornada de trabalho e intervalo da categoria de normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, mostrando evidente supressão à garantias mínimas trabalhistas.

Dessa maneira, a Reforma Trabalhista subverte a concepção do instituto da prevalência do negociado sobre o legislado, que, fundamentalmente criado para aumentar os direitos e garantias dos obreiros, passa a ser utilizado para mera supressão de direitos trabalhistas e constitucionais, representando verdadeira precarização das relações de trabalho, sob o pretexto de modernização da Justiça do Trabalho.

Dito isso, resta evidente o caráter materialmente inconstitucional dos referidos artigos, visto que seus conteúdos ferem de forma tácita o artigo 7º da Constituição, o qual estabelece que as negociações servem para majorar os direitos dos trabalhadores, sendo inaceitável sua utilização para restrição ou supressão de direitos. Ademais, os dispositivos violam inúmeros princípios basilares da CLT e da Constituição, como a dignidade da pessoa humana, o sobreprincípio da proteção, a vedação ao retrocesso social, entre outros, de modo a serem totalmente incongruentes com o ordenamento em que foram inseridos.

Logo, por todos os motivos expressos, os artigos 611-A e 611-B apresentam inconstitucionalidades materiais por permitirem uma piora na condição de trabalho e de vida dos trabalhadores, violando normas constitucionais, de modo que se mostra necessária, para a existência de um ordenamento coeso e íntegro, a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos e a sua conseqüente retirada do sistema jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

O presente trabalho aborda o tema da Reforma Trabalhista, em específico, a questão da prevalência do negociado sobre o legislado. Busca-se identificar como e quais princípios basilares do direito brasileiro foram violados pela redação conferida pela Lei nº 13.467/2017 aos artigos 611-A e 611-B da CLT.

Tal pesquisa faz-se necessária, levando em consideração as polêmicas acerca dos referidos artigos que, conforme crítica de inúmeros órgãos trabalhistas, desrespeitam a Constituição e os entendimentos consagrados pela jurisprudência e pela doutrina.

Vislumbra-se que os direitos trabalhistas foram sendo conquistados ao longo da história, partindo do período escravocrata, em que a classe obreira era tida como mera mercadoria, sem direito algum, até alcançar o período da história em que os direitos sociais passaram a ser englobados pelas Constituições, de modo que o Direito do Trabalho foi alçado a categoria de direito fundamental constitucional.

Avançando aos dias atuais, percebeu-se que em face do conturbado momento político-econômico enfrentado pelo Brasil, o processo de aprovação da Lei 13.467/2017 ocorreu de forma bastante *sui generis*, em virtude da velocidade com que seu texto foi proposto, alterado, debatido e aprovado, sem permitir discussões necessárias e aprofundadas sobre temas que impactam muito a Justiça do Trabalho.

Em menos de seis meses, mais de 100 alterações ao Projeto de Lei proposto foram incorporadas e, posteriormente, aprovadas, com medidas provenientes de diversos autores externos ao Poder Legislativo, sendo a maioria delas provenientes dos computadores dos sindicatos patronais.

Em decorrência de tamanha rapidez, o texto aprovado da Reforma Trabalhista apresenta inúmeras incongruências e irregularidades que foram duramente criticadas por diversas instituições relacionadas ao Direito do Trabalho, tanto a nível nacional, quanto a nível internacional, que pontuaram a afronta da nova lei à Constituição, aos princípios constitucionais e Convenções Internacionais.

Dessa forma, o primeiro capítulo conclui que, em resposta à forte crise política e econômica enfrentada pelo Brasil, o Governo acelerou o processo de aprovação da Reforma Trabalhista, de modo a promulgar um texto passível de inúmeros questionamentos quanto a constitucionalidade de seus dispositivos.

No segundo capítulo se aprofundou a questão da hierarquia das normas no ordenamento jurídico. A constituição de um ordenamento jurídico coeso exige que as normas inferiores respeitem as normas superiores formal e material, isso porque, como explica Kelsen, uma norma retira seu fundamento de validade da norma imediatamente superior até alcançar a Constituição.

Nesse contexto, explicou-se que norma é gênero da qual princípios e regras são espécies, para distingui-los foi utilizada as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin, demonstrando que os princípios são os norteadores das regras, devendo aqueles ser utilizados desde a elaboração até a aplicação dessas.

Adiante, apresentaram-se os princípios constitucionais basilares ao Direito do Trabalho, bem como, princípios do Direito do Trabalho afetos à negociação coletiva, demonstrando a importância desses institutos para assegurar a garantia dos direitos trabalhistas.

Diante disso, o segundo capítulo conclui que os princípios são de fundamental importância desde a elaboração até a utilização de qualquer regra, assegurando dessa forma direitos e garantias, ao passo que as normas só conseguirão constituir um ordenamento harmônico, se respeitarem a hierarquia das normas, com leis inferiores obedecendo as superiores, sendo todas subordinadas a Carta Maior, alcançando, dessa maneira, uma coesão no ordenamento.

No terceiro capítulo, aprofundou-se o estudo do instituto do negociado sobre o legislado, explanando seu conceito e as balizas existentes para sua utilização até a promulgação da Lei 13.467/17. Para tanto, utilizou-se da análise jurisprudencial do TST e STF, que de forma uníssona, entendem que a prevalência da autonomia privada coletiva só pode ocorrer se respeitar o patamar mínimo civilizatório estipulado pela lei heterônoma impositiva, composta, nesse caso, pela Constituição, leis trabalhistas e acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Posteriormente, demonstrou-se que a inserção dos artigos 611-A e 611-B pela Reforma Trabalhista, trouxe novos limites para o instituto da prevalência, de modo a permitir que negociações coletivas prevalecessem sobre o legislado, mesmo nos casos em que a negociação represente uma perda de direitos face a lei

Tais dispositivos admitem que direitos absolutamente indisponíveis sejam flexibilizados, aceitam negociação coletiva em que direitos trabalhistas sejam suprimidos, sem necessidade de uma contraprestação expressa por parte do empregador, bem como, tentam desregulamentar questões ligadas à saúde, higiene e segurança do trabalho. Nesse cenário, demonstrou-se que os referidos artigos violam princípios vitais do direito brasileiro.

Conclui-se, portanto, que os artigos 611-A e 611-B, ao alterarem os limites do instituto, permitindo a prevalência de negociações prejudiciais ao trabalhador sobre o que está legislado desrespeitam a Constituição Federal, por isso, subvertem a hierarquia de normas do ordenamento jurídico brasileiro e colocam em risco a coesão do sistema. A nova redação dos art. 611-A e 611B também: fere Convenções Internacionais de que o país é signatário (Convenções n. 98, n. 151, n. 154, n. 155 e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos) desobedece o entendimento das Cortes Superiores brasileiras (as quais concordam que autonomia privada coletiva não pode infringir direitos trabalhistas indisponíveis, sendo necessário o respeito ao patamar mínimo civilizatório estipulado pela legislação heterônoma impositiva), transgridem regras do direito pátrio, bem como, violam princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro (princípio da proteção, princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, princípio da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, princípio da vedação ao retrocesso social, princípio da legalidade e o princípio da adequação setorial negociada).

Com isso, responde-se a problemática inicial, sendo corroborada a hipótese da pesquisa de que tais dispositivos encontram profunda dissonância com o sistema normativo em que foram inseridos, devendo ser considerados inconstitucionais, para não produzirem mais efeitos no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

a) BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

ASSIS, Rebeca Luise Bensabath Dantas. **A valorização do negociado sobre o legislado na reforma trabalhista**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA. v. 6, n. 9, p. 212-222. 2017. Disponível em: <<https://hdl.handle.net/20.500.12178/130414>>. Acesso em: 27/05/2018

Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho; Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho; Associação Brasileira dos Advogados Trabalhista; Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho. **NOTA TÉCNICA PLC 38/2017 – REFORMA TRABALHISTA ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE ANTIJURIDICIDADE**. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/files/NT_ANPT_ANAMATRA_ABRAT_SINAIT_Reforma-Trabalhista_>. Acesso em: 01/05/2018.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico – existência, validade e eficácia**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, abr. 2003. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em: 26 Abr. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v232.2003.45690>.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999. 184 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

CALCINI, Ricardo Souza. **REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**. Campinas/SP: Escola Judicial Repositório Oficial de Jurisprudência, v. 51, 2017. Semestral. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/2647700/R+51-2017.pdf/800f2c9b-5f11-45fc-9699-925e57b9d61b>>. Acesso em: 30/05/2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Frabris, 1998.

CASSAR, Vólia Bomfim. **REFORMA TRABALHISTA Comentários ao Substitutivo do Projeto de Lei 6787/16**. 2017. Disponível em: <

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258190,41046-Reforma+trabalhista+Comentarios+ao+substitutivo+do+projeto+de+lei> >. Acesso em: 24/05/2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. São Paulo: Método, 2017.

CASTANHO, William. **Supremo já tem 18 ações contra reforma trabalhista**. Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/supremo-ja-tem-18-acoes-contr-reforma-trabalhista.shtml> >. Acesso em: 02 de abr. de 2018.

Comitê de Peritos da Organização Internacional de Trabalho = Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. **Application of International Labour Standards 2018**. 2018. < http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_617065.pdf > Acesso em: 30/05/2018.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010. 297 p.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCO, Raquel Veras. **Breve Histórico da Justiça e do Direito do Trabalho no Mundo**. 2013. SRCAR-TST Disponível em: < http://www.amatra14.org.br/pdf/historia_justica_do_trabalho_no_mundo.pdf > Acesso em 05/05/2018.

HOBSBAWM, E. J. **A era das revoluções/ Europa 1789-1848**. 16. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2002. 464 p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LOURO, Henrique da Silva. **Reforma trabalhista – extensão e limites do negociado sobre o legislado**. 2017. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270379,71043-Reforma+trabalhista+extensao+e+limites+do+negociado+sobre+o+legislado> > Acesso em: 20/05/2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A quem interessa essa "reforma" trabalhista?** 2017. Disponível em: < <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/a-quem-interessa-essa-reforma-trabalhista> >. Acesso em: 05/05/2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MENDONÇA, Noemia Reis Martins de. **A Supremacia da Constituição frente ao ordenamento jurídico**. 2017. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/61801/a-in-constitucionalidade-do-art-611-a-da-reforma-trabalhista-dentro-da-perspectiva-do-principio-da-legalidade>> Acesso em: 29/05/2018.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **NR 15- Atividades e Operações Insalubres**. 2015. Disponível em: < <http://trabalho.gov.br/images/Documentos/SST/NR/NR15/NR-15.pdf>> Acesso em: 27/05/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 01**. 2017a. Disponível em: < http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 02**. 2017b. Disponível em: < http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 03**. 2017c. Disponível em: < http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 04**. 2017d. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 05**. 2017e. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 06**. 2017f. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 07**. 2017g. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica N° 08**. 2017h. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/publicacoes/notas-tecnicas/>. Acesso em: 01/03/2018.

MORAIS, Mariana Lejambre. **A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 384 DA CLT**. 2015. 38 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: Ltr, 2014. 608 p.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules: princípios e regras constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

PAMPLONA, Nicola. **Desemprego chega a 13,7% e já atinge 14 milhões de pessoas no Brasil**. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/04/1879416-numero-de-desempregados-ja-passa-de-14-milhoes-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 20/05/2018.

PEDROSO, Márcia Naiar Cerdote. **REVISTA LATINO-AMERICANA DE HISTÓRIA: Edição Especial - Lugares da História do Trabalho**. Rio Grande do Sul: Unisinos, v. 1, n. 3, mar. 2012. Semestral.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 371 p.

SARAIVA, Alessandra; SALES, Robson. **PIB do Brasil cai 7,2% em dois anos, pior recessão desde 1948**. 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4890366/pib-do-brasil-cai-72-em-dois-anos-pior-recessao-desde-1948>>. Acesso em: 20/05/2018.

SARAIVA, Alessandra; SALES, Robson. PIB do Brasil cai 7,2% em dois anos, pior recessão desde 1948. Valor Econômico, 2017. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4890366/pib-do-brasil-cai-72-em-dois-anos-pior-recessao-desde-1948>> Acesso em: 04/05/2018.

SARAIVA, Renato. **Direito do Trabalho: versão universitária**. São Paulo: Método, 2008.

SILVA, Claudiane Torres da. **Justiça do Trabalho e Ditadura Civil-Militar no Brasil (1964-1985): atuação e memória**. 2010. 133 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Programa de Pós-graduação em História, Centro de Estudos Gerais, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/3557470/Dissertação+Claudiane+Torres+da+Silva.pdf>>. Acesso em: 30/05/2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

TEIXEIRA, João Carlos; KALIL, Renan Bernardi. **O negociado sobre o legislado**. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/4591141/o-negociado-sobre-o-legislado>>. Acesso em: 10/05/2018.

VIDAL, Víctor Luna. **ALETHES: Periódico Científico dos Graduandos em Direito da UFJF**. Juiz de Fora: Universidade Federal de Juiz de Fora, v. 8, n. 14, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicoalethes.com.br/media/pdf/14/reforma-trabalhista.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2018.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. **Limites e possibilidades da prevalência do negociado sobre o legislado**. 2018. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/reforma-trabalhista/limites-e-possibilidades-da-prevalencia-do-negociado-sobre-o-legislado-19042018>>. Acesso em: 10/05/2018.

b) LEGISLAÇÃO

BRASIL. Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994. **Promulga o texto da Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho**. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm> Acesso em: 28/04/2018.

BRASIL. Decreto-lei no 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a consolidação das leis do trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 27/03/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 27/03/2018.

FRANÇA. Lei Le Chapelier, de 14 de junho de 1791. **Lei Le Chapelier**. Disponível em: <http://www.fafich.ufmg.br/hist_discip_grad/LeiChapelier.pdf> Acesso em: 05/06/2018.

c) JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 3105 e 3128**. Voto Ministro Eros Grau. DJe 18.08.2004. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 26/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental n. 639.337**. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 15.09.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 26/04/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 590.415/SC**. Plenário. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. DJe 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290618>> Acesso em: 24/05/2018.

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO COMO VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A prevalência do negociado sobre o legislado trata da possibilidade, concedida pela Constituição Federal, de que aspectos acordados em negociações coletivas trabalhistas possam prevalecer sobre lei expressa. Tal assunto não é matéria recente no ordenamento jurídico brasileiro, porém, os limites para sua utilização sempre foram motivo de debate na doutrina e jurisprudência nacional.

Com o advento da Reforma Trabalhista - Lei 13.467/17 – foram inseridos na CLT os artigos 611-A e 611-B, que versam sobre o tema de forma a ampliar o campo de atuação da autonomia privada coletiva, permitindo que normas autônomas coletivas prejudiciais ao trabalhador prevaleçam sobre normas heterônomas imperativas.

ANDRÉ CERVANTES DE OLIVEIRA

Home Editora
CNPJ: 39.242.488/0002-80
www.homeeditora.com
contato@homeeditora.com
9198473-5110
Av. Augusto Montenegro, 4120 - Parque
Verde, Belém - PA, 66635-110

