

PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – DIREITO COLETIVO E PLANO DE SAÚDE

*Gustavo Jaques**

Juiz do Trabalho Substituto

Mestre em Direito

Professor Universitário

SUMÁRIO: Introdução; 1. Algumas linhas a respeito da proibição de retrocesso social; 2. Proibição de retrocesso social nas relações de trabalho – plano de saúde previsto em norma coletiva; 3. Ponderações Finais; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Embora não positivada no sistema jurídico brasileiro de forma expressa, a proibição de retrocesso social vem sendo estudada como critério interpretativo ou princípio aplicável aos ramos do direito, especialmente quando envolvem direitos fundamentais e, mais ainda, sociais. Nesse contexto, dentro dos limites desta abordagem, cabível a análise da proibição de retrocesso social nas relações de trabalho e, especificamente, no direito coletivo¹.

1. ALGUMAS LINHAS A RESPEITO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio² da proibição ou vedação de retrocesso social vem cada vez mais sendo estudado pelos constitucionalistas, ante a importância para a efetivação dos direitos fundamentais e o progresso social. A proibição de retrocesso social *pode estar* relacionada ao direito adquirido, quando se pretende estabelecer uma medida que vise a atingir situações jurídicas consolidadas. “Pode estar”, destacamos, porque também

* gjaques@trt4.jus.br

¹ Entendemos que é fundamental evoluir no estudo da proibição de retrocesso social. Por isso, adequada a ponderação de José Felipe Ledur: “Haverá possibilidade jurídico-constitucional que autorize o retrocesso social a patamares inferiores àqueles uma vez alcançados em nível de fornecimento de prestações sociais? Talvez porque no Brasil o referido nível nunca alcançou patamar razoável, dificultando a diferenciação entre o ruim e o péssimo, o tema chama pouca atenção” (LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100).

² Adotamos a natureza principiológica da proibição de retrocesso social. Para aprofundamento dos argumentos, ver o artigo de Felipe Derbli (A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro, p. 343-382, In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 361-362), calcado na conceituação proposta por Humberto Ávila.

é possível medida que não afete direito adquirido, mas implique retrocesso social, conforme acentua Ingo Sarlet: “De fato, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais se constata a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos”³.

No plano internacional, inferimos o compromisso com tal princípio do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) - Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 25.09.1992⁴. Também, no direito comparado, a respeito da importante contribuição da jurisprudência portuguesa, Ingo Sarlet⁵ apresenta sinopse do *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, que já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP). Acrescenta o referido jurista que tal posição, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei – das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária.

No sistema jurídico brasileiro, além de outros dispositivos existentes, podemos deduzir o princípio da proibição de retrocesso social do objetivo fundamental de **desenvolvimento** constante do preâmbulo e do art. 3º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A ideia de desenvolvimento implica concretização aos direitos sociais. Destacando que a juridicidade das normas sobre direitos sociais resultou de uma importante vitória para experiência constitucional brasileira, e criticando eventual ideia de retrocesso, o constitucionalista Barroso⁶ dialoga com Canotilho:

³ SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 443-444.

⁴ Dispõe o referido artigo que 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. (grifo nosso)

⁵ Ob. cit., p. 449.

⁶ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 32, grifo nosso. Barroso refere-se ao Prefácio da obra de Canotilho, o qual respondeu a indagação: “[...] Respondendo mais concretamente à sua pergunta: de modo nenhum eu quero expulsar as dimensões sociais da Constituição. Curiosamente, há quinze dias, fui falar sobre as bases constitucionais do direito do trabalho, num curso de pós-graduação e mestrado, e verifiquei que o que consideramos

“a única observação pontual que gostaria de fazer refere-se a uma passagem do seu *Prefácio*, em que o senhor critica a transposição do conceito de aplicabilidade direta e imediata para os direitos sociais. Eu então gostaria de entender se a sua posição é a de que as normas referentes a direitos sociais não deveriam estar lá, ou se é a de que os direitos sociais deveriam ser tratados como sendo juridicamente inferiores às outras posições jurídicas asseguradas pela Constituição, idéia com a qual – confesso – eu não estaria de acordo. **Acho que foi uma vitória importante na experiência constitucional brasileira assegurar juridicidade a essas normas, e, ainda quando haja algum exagero, eu certamente consideraria um retrocesso nós abandonarmos essa idéia**”.

Há que se considerar os direitos fundamentais **sociais** na Constituição. Dessa forma, os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição Federal. Resta forçoso vê-los disseminados pelo ordenamento, reclamando uma crescente vitalização, notadamente tendo em vista os direitos de segunda, terceira gerações, peremptoriamente vedados os retrocessos⁷. Na linha de proteção dos direitos sociais, podemos interpretar o inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal sob o prisma da evolução da prestação estatal. Com o ideário da Revolução Francesa, espalhou-se pelas legislações dos diversos países do mundo o contexto de garantia do individualismo, bastando assegurar aos indivíduos as liberdades públicas, isto é, abstenções do Estado enquanto direitos chamados de primeira dimensão. No entanto, o Constitucionalismo moderno não mais admite a abstenção estatal, mas, ao contrário, exige uma prestação estatal positiva, no sentido de garantir a previsão e implementação de direitos sociais, entendidos na segunda dimensão.

No âmbito da prestação estatal, em relação aos direitos fundamentais sociais, Alexy⁸ enfatiza que “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que – si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrarse en el mercado una oferta suficiente – podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primeiramente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto”.

A Constituição brasileira de 1988, sob o epíteto “Estado Democrático de Direito”, assegurou os direitos sociais (art. 6º). Pode ser considerada uma evolução constitucional a introdução do texto com os direitos e garantias fundamentais, dentre

programático está agora nos Tratados da União Européia. Vários aspectos da Constituição portuguesa aparecem hoje ‘copiados’ nas políticas da União Européia. Isto significa que valem alguma coisa, dizem alguma coisa aos cidadãos. Devem ter uma dimensão jurídica, cabendo ao jurista transferi-la para a prática judicial e política.” (*Ibid.*, p. 36).

⁷ FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista TCMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, p. 15-46, abr./jun. 2000, p. 38.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 482. Ainda, importante a contribuição do autor, dirigindo-se ao legislador: “[...] Un legislador que cumple principios iusfundamentales más allá del ámbito de lo definitivamente debido, cumple normas de derecho fundamental, aun cuando para ello no esté obligado definitivamente y, por ello, no pueda ser obligado por un Tribunal Constitucional.” (*Ibid.*, p. 501).

os quais se incluem os direitos sociais. Sob a ótica da linguagem, o teor não se modifica conforme a posição topográfica do texto. Contudo, há que ser destacada a disposição constitucional de mencionar, em primeiro plano, os direitos fundamentais. Partindo dessa premissa, a análise do texto constitucional está permeada de uma visão extensiva dos direitos sociais. Logo, a noção de proibição do retrocesso não pode ser fragmentada, pois está compreendida no atual estágio constitucional evolutivo. A quebra desse sistema de desenvolvimento atenuaria a consolidação do fortalecimento das instituições. Sem instituições resistentes e estáveis, há flagrante afronta ao Estado Democrático de Direito, apregoado como pedra angular na nossa Constituição.

Nesse contexto, Sarlet⁹ sintetizada os fundamentos para a proibição de retrocesso, apregoando que ela assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

A proibição de retrocesso social pode ser analisada sob a dimensão objetiva e subjetiva. Pela dimensão subjetiva os direitos sociais constituem direito de defesa contra medidas restritivas do Estado. Pela dimensão objetiva a previsão de direitos sociais busca exercer pressão sobre os poderes estatais para implementação do desenvolvimento de políticas públicas na melhoria das condições de vida da sociedade. A ausência de intervenção no avanço do Estado Social produz efeitos em toda sociedade e, logo, nos demais direitos fundamentais, no plano concreto.¹⁰ Por isso, quanto à conduta comissiva do legislador, Felipe Derbli¹¹ enfatiza que *retrocesso social* (ou retorno da concretização, para utilizar a expressão de Jorge Miranda) e *omissão inconstitucional* são conceitos correlatos, na medida em que significam que uma determinada norma constitucional está concretizada por lei aquém do seu desiderato.

⁹ SARLET, 2007, p. 459. Para um detalhamento dos fundamentos, conferir p. 455-457.

¹⁰ “Para além disso, convém que fique registrado que - além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais - a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Assim, apenas para ficarmos com alguns exemplos, constata-se que a diminuição da capacidade prestacional do Estado e a omissão das forças sociais dominantes, além de colocarem em cheque a já tão discutível efetividade dos direitos sociais, comprometem inequivocamente os direitos à vida, liberdade e igualdade (ao menos, no sentido de liberdade e igualdade real), assim como os direitos à integridade física, propriedade, intimidade, apenas para citar os exemplos mais evidentes. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, 2001. p. 8. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2007).

¹¹ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Direito Brasileiro, p. 343-382, In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 367.

Pondera o autor, no entanto, que retrocesso social difere de omissão inconstitucional, porque, conforme o caso, o legislador retroagiu em nível de proteção ou não criou norma que assegurasse a concretização da previsão constitucional.

No âmbito das prestações estatais, a título exemplificativo, parece-nos importante questionar: o sistema de seguridade social é eficiente? Infelizmente, a resposta é negativa. Será que a relativização pelo Supremo Tribunal Federal de direitos adquiridos (por exemplo, não contribuição de inativos) resolveu o problema ou apenas transmitiu mais insegurança jurídica ao sistema brasileiro? As atuais crises social e econômica demonstram que o emprego e a criminalidade caminham, quantitativamente, em sentido opostos, com predominância de crescimento da última. A efetivação do direito à saúde é apenas uma miragem.

No plano jurisprudencial, merece destaque a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social no julgamento da constitucionalidade do art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/1998¹². A discussão envolvia a limitação do valor do salário-maternidade¹³. No caso concreto, diante da flagrante constatação de retrocesso

¹² Art. 14 - O limite máximo para o valor dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo, a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

¹³ A ementa da ADI 1946/DF ficou assim redigida (Min. Sydney Sanches, J. 03.04.2003): DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05.10.1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: ‘licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias’. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. (...). 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição,

social, com a limitação do salário-maternidade, o guardião da Constituição Federal conferiu uma interpretação conforme o diploma constitucional, considerada a evolução histórica de proteção dos direitos sociais, na linha do desenvolvimento preconizado como objetivo fundamental da República (art. 3º, II).

O princípio da proibição de retrocesso social também tem conexão com a noção de segurança das relações jurídicas, pelo princípio correlato da confiança, merecendo respeito pelos representantes do próprio povo. A segurança jurídica está implícita no sistema constitucional, partindo do Estado Democrático de Direito, além do *caput* e vários incisos do art. 5º da Constituição Federal de 1988. No plano infraconstitucional, consta expressamente previsto no art. 2º da Lei 9.784/99, dirigido à Administração Pública.

Em contrapartida à ideia de vedação de retrocesso, há os doutrinadores que defendem o progresso social. Afirmam que o direito está em constante mutação, motivo pelo qual não se pode engessar o ordenamento jurídico. *Não se pode absolutizar as cláusulas pétreas*.¹⁴ Mesmo que se admita tal possibilidade, a relativização do princípio da proibição de retrocesso social deve ser harmonizada com outros princípios do sistema jurídico. Há que se manter um núcleo essencial inarredável. Sarlet¹⁵, a partir dos argumentos de Vieira de Andrade e Andréas Krell, defende a relativização: “Bastaria esta linha argumentativa para reconhecer (ainda que no Brasil não se possa acolher a tese de um regime jurídico diferenciado e reforçado dos direitos de defesa) que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.” Se pensada sob uma visão prospectiva (para o futuro), aceitamos com menos reservas a relativização da proibição de retrocesso social, já que atenua a insegurança jurídica. Todavia, a ideia de implementação dos direitos sociais deve preponderar.

Assim, além das políticas públicas não atenderem a contento a sociedade, pretender a diminuição dos direitos sociais implicaria grave retrocesso social. O argumento da impossibilidade material, sob o prisma de regra sócio-jurídico, não nos convence, porquanto os inúmeros desvios de dinheiro público, principalmente pelo tormentoso instrumento das licitações públicas, demonstram a total afronta ao princípio da moralidade e a existência de outros meios para solução do problema, que não o retrocesso social. Propomos um questionamento para reflexão: seria mais eficiente retroceder em direitos sociais ou terminar com as terceirizações no serviço público (e, logo, com a maioria das licitações)? A resposta à pergunta dependerá dos interesses em jogo. Primeiro, a terceirização dos serviços públicos é questionável se

excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. Registro que os principais fundamentos e votos constaram da apreciação da Cautelar, julgada em 29.04.1999.

¹⁴ Expressão do Ministro Joaquim Barbosa, no voto proferido no julgamento da ADI 3105.

¹⁵ *Ob. Cit.*, 2007, p. 459.

considerarmos a obrigatoriedade do concurso público. Segundo, na quase totalidade dos casos de terceirização os entes públicos não detêm qualquer documentação comprobatória dos pagamentos efetuados pela prestadora de serviços aos seus empregados, resultando tal fato na condenação subsidiária da Administração, conforme entendimento sumulado do E. Tribunal Superior do Trabalho (Súmula 331, IV).

Entretanto, ressaltamos a possibilidade de eventual retrocesso em direitos sociais na análise pontual e comprovada da insuficiência de recursos em face do excesso de demanda, quando aquela não decorra de má administração.

Os dois princípios, o da vedação de retrocesso e do progresso social, merecem ponderação. Não podemos de antemão afirmar qual preponderará, porquanto dependerá dos elementos em debate. O que podemos antecipar é a necessidade de preservação das cláusulas pétreas (por exemplo, os direitos fundamentais sociais) e a dignidade da pessoa humana, sob pena de fragmentação do sistema como um todo. Cláusulas pétreas não significam conservadorismo exagerado, mas garantia de um regime jurídico submetido a valores essenciais para estabilidade de um país. A maturidade de um ordenamento jurídico decorre de bases sólidas e confiáveis aos que se sujeitam à aplicação das leis. O argumento de que cada geração deve se autogovernar não atende à necessidade de crescimento de um país desenvolvido e estável. As gerações mantêm relações e responsabilidades recíprocas. Se a cada governo fosse permitido alterar as premissas elementares do sistema jurídico brasileiro, sem dúvida, haveria insegurança jurídica para os cidadãos, além de flagrante afronta aos direitos já conquistados, pois cada governo seria o Poder Constituinte.¹⁶ A aplicação retroativa, desatendendo as características normativas de generalidade e abstração, poderia, inclusive, ter destinatários predeterminados.¹⁷

¹⁶ A título de exemplo, destaco a observação de Ramos (2003, p. 248) a respeito da facilidade de aprovação da reforma econômica em 1995: “A chamada reforma econômica da Constituição de 1988 compreendeu cinco Emendas Constitucionais, de nºs 5 a 9, todas promulgadas no ano de 1995. O objetivo dessa reforma, aprovada sem grande dificuldade no Congresso Nacional, foi o de tornar acessíveis determinados empreendimentos econômicos à iniciativa privada e ao capital estrangeiro.” Logo, pela indispensável necessidade de segurança jurídica conjugada com a notória instabilidade governamental, não concordamos com a afirmação de Daniel Sarmento (Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a reforma da previdência. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, n. 6, p. 3-36, 2006, p. 8, grifo do autor): “Para perseguir nosso objetivo, tentaremos, inicialmente, mostrar como o princípio democrático, que postula o direito de cada geração de se autogovernar, é incompatível com uma interpretação muito extensiva das chamadas ‘cláusulas pétreas.’” Aliás, o próprio autor demonstra a necessidade de respeito às cláusulas pétreas com o seguinte exemplo: “A Constituição de Weimar não continha cláusulas pétreas explícitas, e o partido nazista, que ascendera ao poder e obtivera no Parlamento alemão o *quorum* necessário, conseguiu aprovar em 1933 o chamado ‘Ato de Habilitação’, valendo-se do procedimento formal previsto no texto constitucional. O Ato de Habilitação conferia ao Gabinete, comandado por Hitler, a faculdade de editar normas que podiam alterar até mesmo a Constituição. Com base nesta (sic) poder, Hitler, dentre outras medidas, cassou a cidadania dos judeus, abrindo caminho para o Holocausto, sem a revogação formal da Constituição de Weimar.” (Ibid., p. 14, nota de rodapé 25).

¹⁷ Assim, necessário o estabelecimento de limites, conforme pondera Elival da Silva Ramos (*A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50-51): “[...] Em seu efeito retroativo, os destinatários da norma se encontram em um *círculo fechado* do qual eles não podem mais sair e no qual ninguém mais pode entrar. A norma não é mais subordinada à realização de uma hipótese, mas se apresenta como uma ordem em estado puro. Em outros termos, ela não é mais hipotética, mas categórica. Por se afastar a norma retroativa da abstração, que, habitualmente, acompanha toda e

O publicista lusitano Canotilho¹⁸, ao abordar o princípio da proibição de retrocesso social, defende que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.

Na linha do núcleo essencial, o centro de gravidade dos direitos fundamentais está positivado na dignidade da pessoa humana, conforme Sarlet¹⁹, ao afirmar que importa consignar – o que certamente nos deixa em situação um pouco mais ‘confortável’ – que o constitucionalismo pátrio não chegou a constituir exceção, em se tomando como parâmetro a evolução constitucional no plano do direito comparado. A positivação do princípio da dignidade da pessoa humana é, como habitualmente lembrado, relativamente recente, ainda mais se considerando as origens remotas a que pode ser reconduzida a noção de dignidade. Apenas ao longo do século XX e, ressalvada uma ou outra exceção, tão somente a partir da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições, notadamente após ter sido consagrada pela Declaração Universal da ONU de 1948.

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana deverá servir como referência para o mínimo existencial²⁰ para eventual admissão de relativização do princípio de retrocesso social. Para melhor compreensão, Sarlet formula uma proposta de conceituação (jurídica) da dignidade da pessoa humana²¹, como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Examinada a definição de dignidade, eventual debate a respeito da aceitação de qualquer retrocesso social em matéria de direitos fundamentais sociais deve passar

qualquer norma legal, vê-se reforçado o seu caráter anormal ou extraordinário, sob o ângulo da Teoria Geral do Direito, o que milita a favor do estabelecimento de limites ao fenômeno em termos de direito positivo, em homenagem, especialmente, ao valor segurança jurídica.”

¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 321.

¹⁹ *Ob. Cit.* 2004, p. 62.

²⁰ Nos limites do presente estudo, destacamos que o direito à saúde, sem dúvida, integra o mínimo existencial.

²¹ *Ibid.*, p. 59-60. Relevante a ponderação do autor nas Considerações Finais: “A despeito da proposta conceitual formulada, reconhecemos a dificuldade (que acreditamos não seja exclusivamente nossa) de obter uma definição conceitual, precisa e, acima de tudo, universalmente válida do que seja, afinal de contas, a dignidade da pessoa humana, a não ser a circunstância – ainda assim resultado de uma opção racional – de que se cuida da própria condição humana (e, portanto, do valor intrínseco reconhecido às pessoas no âmbito das suas relações intersubjetivas) do ser humano e de esta condição e de seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídico-constitucional decorre um complexo de posições jurídicas fundamentais.” (*Ibid.*, p. 143).

pela preservação do núcleo essencial, entendido como a dignidade da pessoa humana. Destacamos que, em atenção ao nosso “Estado Democrático de Direito”, uma vida digna implica existência de uma ordem jurídica segura, sem sobressaltos, como, por exemplo, a garantia da preservação dos direitos fundamentais sociais já consolidados, sem prejuízo da implementação de outros direitos de igual envergadura.

2. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO – PLANO DE SAÚDE PREVISTO EM NORMA COLETIVA

A Constituição Federal conferiu um artigo com um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. A enumeração constitucional parte da premissa de que não é exaustivo o rol elencado no artigo sétimo, pois dispõe que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, **além de outros que visem à melhoria de sua condição social**”. A parte final do *caput* deste artigo merece melhor exame. O Constituinte não se limitou a estabelecer direitos aos trabalhadores, indo além e acrescentando que o previsto era o mínimo a ser conferido. Dessa forma, qualquer redução ou ausência de implementação dos direitos previstos pode ser vista sob o prisma do retrocesso social. A ideia constitucional era ampliar a proteção daqueles que fornecem o seu serviço em prol do desenvolvimento econômico. Os direitos fixados são a premissa para o avanço da legislação trabalhista. Pensar diferente é contrariar o anseio constitucional de 1988, marco de um novo paradigma no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Nessa linha, as normas coletivas, previstas por vontade dos particulares, incorporam-se à legislação trabalhista, merecendo, inclusive pelas características da generalidade e abstração, igual estatura. Reforçando tais características há a previsão legal do art. 872 da CLT que não prevê execução de normas coletivas, mas, sim, ação de cumprimento. Sob outro aspecto, sabemos que, em geral, as normas coletivas têm vigência limitada ao período em que estabelecidas. No entanto, em matéria de direitos fundamentais há que se fazer uma ponderação. A proteção dos direitos fundamentais passa pela garantia do mínimo existencial e pela dignidade da pessoa humana, valores essenciais do nosso atual Estado Democrático. Em função disso, os particulares também devem se engajar neste compromisso social de melhoria das condições mínimas de dignidade.

Nesse contexto, inserem-se os planos de saúde previstos em normas coletivas. Convém lembrar, como abordado no início deste texto, que o *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, também envolvia o direito fundamental à saúde. Na conformidade da Constituição e da lógica do razoável, a saúde é considerada direito fundamental e está relacionada diretamente à dignidade da pessoa humana. Por consequência, o plano de saúde, na vigência de um contrato de trabalho, merece ser examinado com mais cuidado, porque envolve a própria vida do trabalhador.

As normas coletivas também estabelecem previsão, via de regra, sobre direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, com disposição a respeito de assistência médica, hospitalar e odontológica. A fixação normativa, ainda que de origem particular, adquire generalidade e abstração própria das normas estatais, decorrente da autorização constitucional contida no art. 7º, XXVI. Dessa forma, a categoria econômica também tem o dever de colaborar para a justiça social (art. 170, III, da CF/88 – função social

da propriedade e, logo, da empresa), especialmente em matéria que envolva a dignidade dos trabalhadores, que passa, necessariamente, pela saúde.

Sob esta ótica, há um interessante julgado no TRT da 4ª Região (processo 0079100-48.2008.5.04.0014, J. em 1º.10.2009), de lavra do Des. José Felipe Ledur, abordando a temática do princípio da vedação de retrocesso social.²² Nessa decisão, na mesma linha de ideias defendidas neste texto, a saúde é um direito fundamental social dos empregados, com a necessidade de proteção também pelos empregadores, e não apenas pelo Estado. Vale lembrar o disposto no art. 7º, XXII, da CF/88, impondo obrigação ao empregador de redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. A preocupação com a saúde do trabalhador não se limita ao ambiente do trabalho, porque sem que haja condição do empregado trabalhar, mesmo por questão não vinculada diretamente ao emprego, haverá efeitos no contrato de trabalho (interrupção ou suspensão), de forma que é inerente, sim, à atividade empresarial os cuidados com a saúde dos empregados. Assim, a manutenção de um plano de saúde, hospitalar ou odontológico, *quando já previsto em norma coletiva anterior*, é conduta que se impõe, por ser medida necessária e permanente ao melhor desempenho da atividade empresarial e envolver a própria dignidade humana do trabalhador, vinculado por um contrato de trabalho. Registro que a norma coletiva foi estabelecida na vigência do contrato do trabalhador, embora depois tenha se expirado o período legal (art. 614, § 3º, da CLT).

Dessa forma, as cláusulas que afetem direitos fundamentais sociais, especialmente relacionados ao mínimo existencial (dignidade da pessoa humana), devem ser mantidas nas normas coletivas, salvo se substituídas por medidas compensatórias em proporção à condição afastada. A ideia de compensação, válida também para o âmbito coletivo, é analisada por Felipe Derbli²³, ao afirmar que quando a Constituição cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem os *direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão)*, estabelece, por questão de lógica, que não se possam simplesmente revogar as leis que cuidam dessa concretização, sem que seja criada nenhuma regulamentação substitutiva.

Portanto, as normas coletivas sofrem limitação em matéria de proibição de retrocesso social. Não há limitação de conformação apenas para Constituição, como

²² EMENTA: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS. CONFORMAÇÃO POR MEIO DE NORMA COLETIVA. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. Direitos que ostentam *status* jusfundamental e que obtêm conformação no âmbito da negociação coletiva são passíveis de incorporação definitiva ao contrato de trabalho dos empregados que integravam a categoria profissional no período de vigência da norma coletiva. Aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, o qual tem a virtualidade de impedir que depois de implementado direito fundamental social — como o relativo à saúde, consistente na assistência médica, hospitalar e odontológica gratuita à reclamante e a sua família — se retroceda relativamente ao patamar de proteção alcançado, gerando insegurança social a quem já usufruiu do respectivo benefício. Recurso provido para determinar o restabelecimento da assistência médica, hospitalar e odontológica gratuita à reclamante e a sua família, em antecipação de tutela, bem como o reembolso dos valores gastos pela autora até o restabelecimento da prestação material original.

²³ DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso social no Direito Brasileiro, p. 343-382, In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 344.

destaca Perelman²⁴: Contrariamente a um sistema formal, que é puramente estático, o direito será concebido como um sistema dinâmico, a norma superior que determina o quadro em que aquele a quem é conferida a autoridade de exercer um poder legal, legislativo, executivo ou judiciário pode escolher livremente uma linha de conduta, **desde que não saia dos limites fixados pela norma superior**. Assim é que o oficial de justiça poderá proceder a uma penhora em conformidade com um mandado de execução. O juiz poderá prolatar a sentença, na medida em que foi nomeado regularmente, em que foi encarregado de uma lide que entra na esfera de sua competência, tanto material quanto territorial e se conformar às prescrições legais, tanto no mérito quanto em matéria processual. O legislador poderá discutir, votar e promulgar leis, em conformidade com as regras constitucionais e com as práticas aceitas. Dá-se o mesmo com o poder executivo, na medida em que se conforma à Constituição e às disposições legais. **Somente a norma constitucional, enquanto norma fundamental, não terá de conformar-se a nenhuma norma preliminar.**

PONDERAÇÕES FINAIS

O princípio proibição de retrocesso social, implícito no sistema jurídico brasileiro, vem ganhando relevo na salvaguarda dos direitos fundamentais, especialmente, nos sociais. A ideia de liberdade do legislador, tanto passiva, quanto ativa, merece ser contextualizada dentro da vedação de retrocesso social. As ideias de segurança jurídica, Estado Democrático de Direito e Justiça Social reforçam a necessidade de não retroceder em matéria de direitos fundamentais. Eventual relativização do princípio do retrocesso deve ser ponderada com os demais interesses de igual hierarquia em cotejo, observada a manutenção do mínimo existencial, tendo por parâmetro a dignidade da pessoa humana.

Na esfera trabalhista, o art. 7º da Constituição Federal de 1988 demonstra a necessidade de ampliação do rol de direitos estabelecidos aos trabalhadores, permitindo a contextualização do princípio da vedação de retrocesso social, já que o constituinte parte da premissa de elevação de direitos, e não de limitação. Nesse sentido, as normas coletivas, autorizadas no inciso XXVI, também se inserem na ótica legislativa, pela abstração e generalidade, tanto que não são executáveis imediatamente, passando antes pela via da ação de cumprimento (art. 872 da CLT). Dessa forma, e partindo da premissa da função social da empresa, a categoria econômica vincula-se à garantia de condições mínimas aos trabalhadores, em especial em matéria de direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, a saúde, a atrair a manutenção de cláusulas protetivas previstas em normas coletivas, salvo se substituídas por outras compensatórias, no mínimo, em igual proporção de satisfação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

²⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 92 (grifo nosso)

DERBLI, Felipe. A Aplicabilidade do Princípio da Proibição de Retrocesso social no Direito Brasileiro. In: PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio e SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos Sociais – Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 343-82.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à Constituição: preceitos de exegese constitucional. *Revista TCMG*, Belo Horizonte, v. 35, n. 2, abr./jun.2000, p. 15-46.

LEDUR, José Felipe. *Direitos Fundamentais Sociais – Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho et al. *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução Vergínia K. Pupi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. *A Proteção aos Direitos Adquiridos no Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-45, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 28 set. 2007.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, Emenda Constitucional, Democracia e a Reforma da Previdência. *Arquivos de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, n. 6, 2006, p. 3-36.