

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO: DEMOLIÇÃO DA EVOLUÇÃO SOCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO?

Leandro Henrique Costa Bezerra³³

Resumo: Este artigo apresenta uma interpretação da Lei nº 13.467/17 conforme a Constituição em matéria de direito coletivo do trabalho a fim de melhores condições sociais ao trabalhador. A manutenção do direito ao trabalho digno diante da prevalência do negociado sobre o legislado somente se concebe através da cláusula especial de abertura do art. 7, caput, da Carta Magna, na qual protege os direitos mínimos ao trabalhador contra o retrocesso social (também chamado de efeito cliquet dos direitos fundamentais). A expansão da autonomia privada dos

³³ Advogado. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto de Direito Público (IDP). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Membro do Grupo de Estudos em Processo Civil (GEPC) da Universidade de Brasília.

Sindicatos na celebração das negociações coletivas sobre direitos de indisponibilidade absoluta, em virtude da Reforma Trabalhista, aprofunda as desigualdades econômicas sentidas na atual crise política, com maiores jornadas de trabalho e menores salários. Ademais, a inaplicabilidade aparente da teoria do conglobamento, fruto do princípio da norma mais favorável, contraria a lógica de justiça constitucional, pois o art. 620, da CLT estabeleceu uma rigidez hierárquica com a presunção absoluta de que acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão sobre as convenções coletivas de trabalho. Em contrapartida, o Enunciado aglutinado nº 13 da Comissão 3, da 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, organizado pela ANAMATRA, explicita como condição da prevalência de acordo sobre a convenção o princípio da norma mais favorável consolidado no art. 7, caput, da Constituição. Para a efetivação desta interpretação, concerne ao judiciário e aos órgãos de fiscalização competente a tarefa árdua de zelar por negociações coletivas que promovam a melhoria da condição social do empregado.

Palavras-chave: Democracia. Direitos Fundamentais. Trabalho Digno. Negociado sobre legislado. Princípio da norma mais favorável.

Sumário: 1. Introdução. 2. Democracia e jurisdição constitucional em conflitos juslaborais. 3. A sobrevivência do direito fundamental ao trabalho digno no contexto da prevalência do negociado sobre o legislado. 4. Da difícil preservação do mínimo existencial diante do engrandecimento da autonomia da vontade coletiva. 5. A resistência do princípio da norma mais favorável sob a perspectiva da teoria conglobante e o problema da vedação da ultratividade das normas. 6. Conclusão. 7. Referências bibliográficas.

1.Introdução

A consolidação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito consiste no mínimo de condições necessárias para o convívio social para todos os grupos. Nesse sentido, caso a maioria parlamentar viole algum direito pautado no desenvolvimento social de grupos hipossuficientes, cabe o controle do Poder Judiciário a partir de uma filtragem constitucional, interpretando normas infraconstitucionais à luz da Constituição. E a relação de trabalho,

especialmente após a vigência da reforma trabalhista, é um claro exemplo da imprescindibilidade da jurisdição constitucional.

Na perspectiva do direito coletivo, os Sindicatos têm a tarefa de transacionar os direitos de indisponibilidade relativa a fim de resultar numa melhoria das condições de trabalho em convergência ao direito fundamental ao trabalho digno. Contudo, a nova lógica da CLT – prevalência do negociado sobre o legislado – põe em risco o patamar mínimo civilizatório de direitos ao empregado garantido constitucionalmente.

2. Democracia e jurisdição constitucional em conflitos juslaborais

A Declaração Universal de Direitos do Homem (DUDH), nos termos do art. 23.1, atesta a “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. Para Robert Alexy (1999, p.168), a proteção através de um acordo internacional entre os Estados criou uma institucionalização “(...) de interesses e carências que, em geral, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito”.

Uma reivindicação operária, através do consenso pelo diálogo no plano ideal, conquista o bem-estar social e econômico dos trabalhadores a partir de um mecanismo regulado por lei intitulado de negociação coletiva. Nela, há um embate entre as necessidades econômicas da empresa e a observância de condições de trabalho saudáveis para o alcance dos objetivos coletivos. Em consonância, a DUDH, em seu art. 23.4, ao estabelecer que “todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses”, assegura o equilíbrio de relações naturalmente desiguais, dado que o sindicato como ser coletivo estaria apto a negociar com o ser coletivo empregador (princípio da equivalência dos negociantes).

No entanto, não é sempre que haverá harmonia entre a autonomia coletiva negocial e os direitos fundamentais. No “modelo em três níveis para os efeitos perante terceiros”, criado por Robert Alexy, existem: a) os deveres do Estado; b) os direitos ante o Estado; c) as relações

jurídicas entre particulares. Logo, “quando se tem concretização legislativa do conteúdo e alcance das normas de direitos fundamentais, os juízes e tribunais não poderão da legislação se afastar (...)” (TIBALDI; ALVIM, 2018, p.104).

Os direitos fundamentais são obrigatórios para o convívio na democracia, por serem tipicamente ademocráticos. Sem demora, os direitos de liberdade e igualdade desconfiam a todo tempo do processo democrático, pois este representa a maioria parlamentar legitimada para decisão. Por esse motivo, os direitos aos hipossuficientes (minorias) são garantidos pela jurisdição constitucional se constatado o retrocesso social proporcionado pelo processo democrático do poder legislativo.

Michael J. Sandel (2012, p.134) relata no livro “*O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*” a prática do “seguro do zelador” nos Estados Unidos, com a contratação de apólices *Coli* em nome de funcionários de baixo escalão da empresa sem a sua anuência. Pior ainda seria uma negociação coletiva neste mesmo intuito de precarização da condição de trabalho. Dessa forma, a empresa aumenta o risco no meio ambiente do trabalho pela inobservância de medidas de saúde e segurança em prol do interesse financeiro conquistado na produtividade desmedida do empregado.

Vide o caso supramencionado, a inexistência de norma, que proíbe práticas abusivas como essa de quantificar o valor indenizatório correspondente a vida de uma pessoa, é uma escolha legislativa. Portanto, na perspectiva da filtragem constitucional, cabe ao poder judiciário realizar controles para evitar a degradação do mínimo existencial inerente da relação de trabalho.

3. A sobrevivência do direito fundamental ao trabalho digno no contexto de prevalência do negociado sobre o legislado.

A evolução da proteção dos direitos nas relações de trabalho deu-se em razão das mudanças de paradigmas ao longo da história. Após a queda do Estado Liberal em virtude do excesso de formalismos e inexistência da igualdade material, houve a instauração do Estado Social. Marcado pelas Constituições pioneiras do México (1917) e da Alemanha (1919), este

paradigma conduziu a democratização da sociedade política e civil, com destaque aos avanços das liberdades de associação e reunião de busca de valorização do trabalho humano contra a super exploração.

Nesse sentido, ao contrário da ideologia liberalista, o Estado Social iniciou o “processo de desmercantilização da força de trabalho na economia (...)” (DELGADO, Maurício Godinho; 2015, p.134), pela constitucionalização do Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Neste fenômeno, ainda atual, as normas infraconstitucionais de matéria trabalhista são interpretadas à luz de normas e princípios constitucionais. No entanto, a excessiva tributação pelo Estado e a desigual distribuição das riquezas acumuladas instalaram uma crise no Estado-Gestor, já que era difícil subordinar toda a população aos programas sociais estatais de forma isonômica, e corroboraram para a queda do *Welfare State* (DELGADO, Gabriela Neves; 2015, p.30).

Dessa forma, nasce o paradigma do Estado Democrático, firmado a partir da promulgação da Constituição de 1988 no Brasil, com a expansão de direitos fundamentais sociais e difusos para a órbita diagonal entre particulares (direitos de defesa de particulares contra particulares, verificada a hipossuficiência de um deles), de grande importância para a relação jus laboral. Ademais, nas palavras do Ministro Maurício Godinho Delgado,

o conceito de Estado Democrático de Direito funda-se em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, concebida como democrática e inclusiva (DELGADO, 2015, p.32).

Nessa lógica, os direitos trabalhistas estão sujeitos ao controle de constitucionalidade, pelo parâmetro de norma social constitucional, ou de convencionalidade, pela decorrência de tratados ou acordos internacionais, em respeito ao princípio da vedação ao retrocesso social (SARLET, 2014, p.31). Quanto aos direitos fundamentais constitucionalizados, estes não podem estar sujeitos de alteração pelas maiorias parlamentares devido à natureza de cláusulas pétreas. No entanto, como obter a mesma proteção constitucional para os direitos fundamentais decorrentes de acordos ou de tratados internacionais?

Os direitos fundamentais enaltecidos em um tratado ou acordo internacional estão incluídos na **cláusula especial de abertura** de direitos sociais e dos trabalhadores (SARLET, 2014, p.31), nos termos do art. 7º da Carta Magna, ao dispor que “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, *além de outros que visem à melhoria de sua condição social*” (original sem grifo). Logo, afe-re-se que os direitos fundamentais presentes em tratados ou acordos internacionais são também constitucionais, ainda que não seja passível de controle de constitucionalidade, mas sim de convencionalidade.

Outrossim, existem quatro princípios constitucionais do trabalho que permeiam o núcleo filosófico, cultural e normativo da Constituição: valorização do trabalho e emprego, justiça social, submissão da propriedade à sua função socioambiental, dignidade da pessoa humana (DELGADO, Maurício Godinho; 2015, p.35-40). Todos eles criam balizas de padrão mínimo de civilidade nas relações de trabalho em oposição às pressões econômicas do mercado do sistema capitalista.

É exatamente, então, que se percebe a necessidade da reconstrução ética do trabalho no atual paradigma. A identidade concebida no meio ambiente do trabalho torna o homem consciente de sua participação no convívio social. A satisfação individual com o trabalho possibilita a proteção social do **direito fundamental ao trabalho digno**, este considerado “(...) sua consciência de liberdade, para que possa se construir e se realizar em sua identidade como sujeito trabalhador” (DELGADO, Gabriela Neves; 2015, p.25).

A reforma trabalhista (Lei nº 13.467/17), nos arts. 611-A¹ e 611-B², modifica a construção hermenêutica consolidada pela Constituição de 1988, ao admitir negociação coletiva em

¹ O art.611-A da CLT prevê a prevalência do negociado sobre o legislado em relação aos seguintes direitos: jornadas de trabalho; banco de horas; intervalo intrajornada com respeito ao mínimo de 30 minutos; adesão ao programa seguro-emprego; plano de cargos; salários e funções; representante dos trabalhadores no local de trabalho; teletrabalho, regime de sobreaviso e trabalho intermitente; remuneração por produtividade; modalidade de registro de jornada; prêmios; participação nos lucros.

² O art.611-B da CLT prevê as matérias que não poderão ser suprimidas ou reduzidas por convenção ou acordo coletivo: carteira de trabalho; seguro-desemprego; FGTS; salário mínimo; décimo terceiro salário;

patamares inferiores ao da previsão legal. É a prevalência do negociado sobre o legislado para possibilitar ao empresariado ou a entidades sindicais a fixação de condições de trabalho piores que o parâmetro legal.

A priori, percebe-se o enaltecimento às liberdades individuais e da autonomia da vontade, símbolo do Estado Mínimo, por não permitir a aplicação do princípio da proteção do trabalhador diante da desigualdade de forças econômicas na relação capital-trabalho. Este neoliberalismo induz na desuniversalização de direitos trabalhistas e na precarização da atividade laboral. Seria, portanto, a demolição do sistema de proteção ao trabalho digno?

O trabalho digno é elemento da democracia responsável pela distribuição de poder, pois cria melhores condições de contribuição dos trabalhadores para a sociedade, dada a proteção da indisponibilidade mínima de direitos. A estratégia do empresariado no ataque ao trabalho digno, ao estabelecer hipóteses absolutas de prevalência das negociações sobre a lei, revela a tentativa de concentração de poder e minimização do papel cidadão do trabalhador (PEREIRA, 2018, p.453).

A solução, além da cláusula especial de abertura, está no art. 9, da CLT, no qual “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”. Isto enceta na limitação das fronteiras do direito coletivo, pois a supressão de norma estatal pela negociação coletiva se dá por benefícios

remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; proteção do salário; salário-família; repouso semanal remunerado; horas extraordinárias com no mínimo 50% da hora normal; número de dias de férias; férias com um terço da remuneração; licença maternidade de cento e vinte dias; licença paternidade nos termos da lei; proteção ao mercado de trabalho da mulher; aviso prévio proporcional de no mínimo 30 dias; normas de saúde, higiene e segurança do trabalho; remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas; aposentadoria; seguro contra acidente de trabalho; prazo de prescrição; proibição de discriminação do trabalhador com deficiência; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos quatorze; medidas legais de proteção da criança e do adolescente; liberdade de associação sindical e de não ter descontado do salário qualquer parcela em convenção ou acordo coletivo sem ausência do trabalhador; direito de greve e definição das atividades essenciais; tributos e outros créditos de terceiros; e disposição sobre o trabalho da mulher e proteção à maternidade.

específicos e não genéricos, caso contrário, será manifesta sua nulidade e desvirtuamento do direito fundamental ao trabalho digno (ESTEVEES, 2017, p.168).

4. Da difícil preservação do mínimo existencial diante do engrandecimento da autonomia da vontade coletiva.

Consoante Ingo Wolfgang Sarlet, o mínimo existencial indica a proteção estatal obrigatória de direitos essenciais para a dignidade humana, pois é “uma espécie de limites dos limites dos direitos fundamentais, constituindo critério material para o controle de legitimidade constitucional de excesso de intervenção em direito social e mesmo na dignidade da pessoa humana (...)” (SARLET, 2014, p.49).

Para Maurício Godinho Delgado, o patamar civilizatório mínimo está composto por normas constitucionais em geral, ressalvadas as hipóteses de flexibilização dos incisos VI, XIII e XIV do art. 7 da Constituição¹; as normas de tratados e convenções internacionais assinadas pelo Brasil; e as normas infraconstitucionais que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo (DELGADO, Maurício Godinho; 2012, p.116).

A preservação do mínimo existencial em normas coletivas é averiguada apenas na instância prática: da análise de casos concretos e a da proporcional flexibilização da legislação. Se as normas coletivas forem de exagerada flexibilização, ou seja, não possuir os planos da validade e da eficácia à luz da ordem constitucional, é porque existe violação ao núcleo mínimo de direitos fundamentais, cabendo ação de nulidade da cláusula de norma coletiva, cujo efeito será *erga omnes* (LOCATELLI, 2017, p.125).

Anterior a Reforma Trabalhista, as normas coletivas adicionavam novos direitos ao meio ambiente do trabalho. Inclusive os conflitos entre convenções coletivas de trabalho (CCT) e

¹ Refere-se às hipóteses de flexibilização trabalhista, presentes no art. 7, CF: VI – irredutibilidade do salário, salvo disposto em convenção ou acordo coletivo; XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

acordos coletivos de trabalho (ACT) eram solucionados através do princípio da norma mais favorável. Conforme José Eymard Louguercio e Antônio Fernando Megale Lopes:

Na prática, o que se pretende, é adotar um sistema de inversão da pirâmide de sustentação do Direito do Trabalho que emergiu a partir do final do século XIX, em que ao sistema legislado se somava a construção de normas coletivas negociadas pelas entidades sindicais no sentido de conferir “novos direitos” adaptados à realidade dos trabalhadores a partir do eixo protetivo que “visa a melhoria de sua condição social”. Um conjunto de normas internacionais (em especial as Convenções nº 98 e 154 da OIT), bem como o conjunto de normas inseridas na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento (1998) e princípios fundamentais de natureza constitucional configuram o sistema de proteção das relações de trabalho a desaguar em padrão civilizatório de inclusão social. (LOUGUERCIO; LOPES, p.195).

Fundada na autonomia sindical (art. 8, inciso I, da Constituição de 1988), a autonomia coletiva é a capacidade de os sindicatos estabelecerem um sistema de direitos de proteção aos trabalhadores. Trata-se, assim, da limitação a liberdade sindical, pois os sindicatos estão livres para negociar os direitos da categoria desde que promovam a melhoria da condição social.

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho¹ já firmou o entendimento de que a lei e a Constituição são os limites da autonomia da negociação, vedando a prevalência do negociado sobre o legislado quando as normas coletivas não implementarem padrão setorial de direitos superior ao padrão da lei e no momento que as mesmas não transacionem parcelas laborais de indisponibilidade absoluta.

Todavia, nos termos do art. 8, § 3 da CLT, novidade trazida pela reforma, a Justiça do Trabalho somente examinará as negociações coletivas quanto aos elementos essenciais do negócio jurídico (art. 104 do Código Civil), em prol do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

¹ RR nº 690-82.2013.5.09.0459, decidido pela 7ª turma do TST, julgado em 10.12.2014.

Esse escudo para a negociação coletiva inviabiliza apenas formalmente a melhoria da condição social dos trabalhadores prevista no art. 7 da Carta Magna, visto que a via interpretativa do direito é da Constituição para a legislação infraconstitucional e não o contrário. Logo, é papel do magistrado verificar a compatibilidade da cláusula coletiva às de melhoria social e aos direitos fundamentais de natureza constitucional. Além disso, não é atribuição de lei ordinária interferir na competência institucional do Ministério Público de fiscal da ordem jurídica e elencar vícios materiais nas normas coletivas, nos termos do art.127 da Carta Magna.

A Constituição, nos moldes do art. 7, inciso XXII, não prevê a flexibilização via negociação coletiva de normas de saúde, higiene e segurança em razão da natureza *jus cogens*, portanto, sua irrenunciabilidade é absoluta. Os direitos relacionados a duração do trabalho e os intervalos, na visão jurisprudencial anterior a reforma, tinham reconhecidas a natureza da norma *jus cogens*, pois “se a gestão do tempo de trabalho é condicionada apenas às demandas da produção, o trabalhador se torna completamente refém do empregador, que passa a se apropriar do tempo livre do empregado (...)” (PEREIRA, 2018, p.462).

Em contrariedade à previsão constitucional, o art. 611-B, parágrafo único, da CLT, retira as regras sobre duração do trabalho e intervalos daquelas consideradas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho, o que permite a regulação desses direitos por negociação coletiva. Isso significa maior tempo à disposição do trabalhador e frustração da realização de projetos de vida pessoal e familiar, o que aumenta o risco de acidente e adoecimento do trabalho.

Mais uma vez, o direito fundamental ao trabalho digno foi mutilado pelo interesse econômico do empregador, tendo em vista o esvaziamento do conceito de segurança e medicina do trabalho responsável pelo equilíbrio no ambiente de trabalho aos serviços de duração exaustiva. O intervencionismo estatal sempre foi necessário devido a concentração de sindicatos em algumas regiões em detrimento de outras e eventuais desvios de finalidade quanto a luta pelos direitos da categoria (ESTEVEVES, 2017, p.169).

O legislador, ao implantar a prevalência do negociado sobre o legislado, justifica por motivos econômicos conceder maiores oportunidades de preservação do trabalho ou evitar a judicialização. Contudo, flexibilizar direitos “(...) para aumentar o número de vagas de trabalho não deu muito certo em países como a Espanha, Colômbia, Argentina, Chile” (ESTEVEZ, 2017, p.174), além de que ainda é cedo para a certeza sobre a diminuição de litígios na Justiça do Trabalho.

A negociação, em tese, tem por objetivo a paridade de armas e condições equivalentes de negociação. Porém, diante de crises econômicas, pode ser bastante perigoso ampliar o poder normativo dos sindicatos para sobrevivência do capitalismo. Nas palavras de Rodrigo Trindade de Souza:

É verdade que em períodos de pleno emprego, de crescimento da economia, esse poder de fogo tende a ficar um pouco menos desequilibrado. Se não há poder de negociar de igual para igual para igual, pelo menos passa a ser possível extrair algum tipo de benefício. Mas, em épocas de desemprego e recessão, autonomia negocial é pura e simplesmente o meio mais rápido de diminuir salário, aumentar jornada e reduzir condições de higiene no meio ambiente laboral. Tudo como forma de reduzir custos e aumentar a lucratividade. (SOUZA, p.179).

Como apontam Saul Duarte Tribaldi e Victor Lucas Alvim (2018, p.100), a negociação coletiva otimiza a regulação das relações do trabalho e não possui o papel de suprimir direitos básicos dos trabalhadores, existindo dentro da autonomia coletiva uma espécie de moldura, com limites e espaços para normatização. Assim, consoante o princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas prevalecem sobre as heterônomas quando “implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação aplicável, e quando transacionam setorialmente parcelas justralhistas de indisponibilidade apenas relativa” (ALVIM; TRIBALDI, 2018, p.100).

A nova redação do art. 444, parágrafo único, da CLT, admite a livre estipulação prevista no art. 611-A quando o empregado portar curso de ensino superior e receber salário mensal igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do regime da Previdência Social. Esta definição de

super empregado explicita a inconstitucionalidade do dispositivo em decorrência da criação de critérios objetivos de renda e escolaridade como fatores de separação entre o empregado vulnerável e o com maior poder de barganha, porquanto o que dita a proporcionalidade da proteção do Estado ao empregado será pela análise da subordinação jurídica estrutural e o excessivo tempo a disposição na relação de emprego.

Se de um lado se amplia o poder sindical – pela prevalência do negociado – de outro se retira a obrigatoriedade da contribuição sindical (art. 579, CLT), promovendo um enfraquecimento do poder de barganha e requisição de novos direitos. Por resultado, para manter-se vivo, “a cláusula do dia será a implementação via negociação sindical da contribuição que lhe mantém ativo, ainda que isso implique ao empregador a renúncia a direitos sociais do trabalhador” (SOUZA, 2017, p.251-252).

Assim, o mínimo existencial tem relação intrínseca com a proibição ao retrocesso, conhecida como efeito *cliquet* dos direitos fundamentais. Caso as condições essenciais na relação de emprego digna sejam extintas, haverá o enfraquecimento de direitos até então conquistados. Dessa forma, o direito coletivo, sob o prisma da reforma trabalhista, desprotege o bem jurídico irreparável da saúde e segurança do trabalhador.

5. A resistência do princípio da norma mais favorável sob a perspectiva da teoria conglobante e o problema da vedação da ultratividade das normas.

A teoria do conglobamento “(...) compara as fontes e aplica a que, em seu conjunto for mais favorável ao empregado, excluindo-se as demais” (JÚNIOR, 2017, p.343). A visão global mais favorável dentre as negociações seria a aplicada, pois remete ao critério da norma mais benéfica/favorável ao empregado à luz do caso concreto. No entanto, a reforma trabalhista relativizou o princípio da norma mais favorável e tornou a presunção absoluta do acordo coletivo, ainda quando anterior, ser sempre mais benéfico que a convenção coletiva de trabalho.

A nova redação do art. 620, da CLT, ao abordar sobre a hierarquia das normas negociais coletivas, estabelece que os acordos coletivos de trabalho sempre prevalecerão sobre as

convenções coletivas de trabalho. Por consequência, estaria a teoria do conglobamento como forma de solução de conflitos normativos, aplicada pelo TST, vedada?

O princípio da norma mais favorável advém da cláusula especial de abertura do art. 7, caput, da Constituição Federal (“*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”), além das normas internacionais de Direitos Humanos de progressividade social vigentes no país. A alteração legislativa aponta para a regressão do patamar civilizatório mínimo, visto que a ACT poderá fixar cláusulas supressoras ou restritivas de direitos contidas na CCT da categoria.

Para Mayana Macedo Fernandes da Silva (2017, p.248), o art. 7, caput, da Constituição assume “a lógica da justiça social, a partir da efetiva distribuição de renda, colaborando, assim, para a construção do desenvolvimento social que deve ser necessariamente pautado na redução das desigualdades sociais (...)”. Nesse sentido, a 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pela ANAMATRA¹ em 2017, aprovou o Enunciado aglutinado nº 3 da Comissão 3, que aborda sobre a continuidade da aplicação do princípio da norma mais favorável e a teoria conglobante ainda que na vigência da reforma. Vejamos:

NORMAS COLETIVAS: PRINCÍPIO DA NORMA MAIS BENÉFICA.

I – Os acordos coletivos firmados não prejudicarão direitos garantidos pelas convenções coletivas de trabalho, em respeito à aplicação do princípio da norma mais favorável (art.7º, caput, CRFB/88). Com efeito, a nova redação do artigo 620 da CLT, dada pela lei 13.467/2017, não exclui a aplicação do princípio da norma mais favorável, de orientação e aplicação do direito do trabalho.

II – Ademais, prevalece em todo caso, em relação à matéria negociada, os princípios da proteção, e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

III – A auditoria fiscal do trabalho possui o dever de exigir o cumprimento das normas laborais mais favoráveis ao trabalhador, o que inclui a possibilidade de verificação da aplicabilidade ou não de convenções e acordos coletivos de trabalho sob aquela sistemática. (Enunciado Aglutinado nº3 da Comissão 3).

¹ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho.

Em outra novidade, o art. 614, §3, da CLT, manteve o lapso temporal de dois anos de vigência das negociações coletivas, mas expressamente vedou a ultratividade, permitida até então pela Súmula nº 277 do TST. Em resumo, a ultratividade da norma coletiva é a vigência após o lapso de dois anos até que uma nova negociação coletiva fundasse regras distintas e mais benéficas daquelas já negociadas para as relações de trabalho.

Consoante Gabriela Neves Delgado e Maurício Godinho Delgado (2017, p.272), a retirada da ultratividade das negociações coletivas desestimula o empregador a negociação, pois sua mera inércia é suficiente para a terminação das cláusulas negociais coletivas já pactuadas. Logo, ainda que para alguns pudesse trazer insegurança jurídica quanto ao prolongamento da eficácia da negociação para além do termo final pré-fixado, a ultratividade estava de acordo com a vedação ao retrocesso social dos direitos conquistados.

O art. 4º da Convenção nº 98 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) enceta que “deverão ser tomadas, se necessário for, medidas apropriadas às condições nacionais para fomentar e promover o pleno desenvolvimento e utilização de meios de negociação voluntária entre empregadores e organizações de trabalhadores, com o objetivo de regular, por meio de convenções coletivas, os termos e condições de emprego”. O Enunciado aglutinado nº 13, da Comissão 3, da 2ª jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, também expôs a incompatibilidade da vedação da ultratividade frente à Constituição:

ULTRATIVIDADE DAS NORMAS COLETIVAS

I – A vedação à ultratividade, constante do artigo 614, § 3º, da CLT, não é compatível com os artigos 7º, XXVI, 8º, VI, 114, § 2º da Constituição Federal, com as Convenções 98 e 154 da OIT, com o artigo 2º, § 1º do PIDESC (ONU) e com o princípio da boa-fé.

II – Se admitida a constitucionalidade e a convencionalidade do art. 614, § 3º da CLT, a ultratividade das normas coletivas, enquanto matéria de conteúdo a prever em instrumento coletivo de trabalho, é objeto lícito, tendo em vista as disposições do art. 7º, XXVI, 8º, VI, da Constituição Federal, bem como do princípio da não-regressividade, insculpido no caput do art. 7º da Constituição Federal. (Enunciado Aglutinado nº 13 da Comissão 3).

Ante o exposto, é notório a resistência do princípio da norma mais favorável para as negociações coletivas em observação ao mínimo existencial de direitos já conquistados ao trabalhador. A interpretação dos artigos 614, § 3 e 620 da CLT deve ser conforme a Constituição, já que o art. 7, caput, da Carta é claro ao permitir uma ampliação de direitos apenas em favor da construção social do empregado no meio ambiente de trabalho, e não para sua precarização.

6. Conclusão

É compreensível afirmar o atentado ao direito fundamental ao trabalho digno cometido pela reforma trabalhista sob a ótica do direito coletivo, em razão da mudança promovida pela Lei nº de antecipar quais serão os direitos transacionáveis sem observar o caso concreto. No entanto, o giro hermenêutico deve-se dar sempre à luz da Constituição, ou seja: uma transação de direitos que não visem melhoria na condição de trabalho ao empregado, é plenamente nula. Portanto, a prevalência do negociado sobre o legislado não é um ditame absoluto, mas aplicável apenas quando houver a preservação do mínimo existencial, em convergência ao princípio da adequação setorial coletiva.

7. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade**. In: Ratio Juris, vol. 16, n.2, junho de 2003, p.131-140.

ALEXY, Robert (trad. Dr. Luís Afonso Heck). **Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional**. In: Revista de Direitos Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul/set, 1999. p.55-66.

DELGADO, Gabriela Neves. DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO. Maurício Godinho. **Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho**. In: Direito constitucional do trabalho: princípios e jurisdição constitucional do TST/Gabriela Neves Delgado...[et al.]. – São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao Trabalho Digno**. 2º ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Direitos Fundamentais na relação de trabalho e o novo expansionismo juslaboralista: o conceito de subordinação estrutural**. In: Direitos fundamentais nas relações de trabalho / Yone Frediani, Rúbia Zanotelli de Alvarenga, (organizadoras). São Paulo: LTr, 2015.

ESTEVES, Alan da Silva. **Reforma Trabalhista Brasileira de 2017 e o direito coletivo do trabalho: ideias para justificar a prevalência do negociado sobre o legislado**. In: Revista dos Tribunais Online. Vol. 984/2017, p.163-188, out/2017, DTR\2017\6428.

JÚNIOR, Antônio Umberto de Souza; MARANHÃO, Ney; NETO, Platon Teixeira de Azevedo; SOUZA, Fabiano Coelho de. **Reforma Trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/17**. São Paulo: Rideel, 2017.

LOCATELLI, Aguinaldo. **Negociado sobre o legislado: critérios e elementos de validade à luz do ordenamento jurídico**. In: Revista de Direito do Trabalho, vol. 184/2017, p. 121-142, dez. 2017, DTR\2017\6833.

LOGUERCIO, Eynard José. LOPES, Antônio Fernando Megale. **O Negociado sobre o Legislativo: suprema injustiça e demolição do sistema protetivo trabalhista**. In: O Golpe de 2016 e a Reforma Trabalhista: narrativas de resistência. Gustavo Teixeira Ramos et al. (coords.). Bauru: Canal 6, 2017. p.195-198.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Prevalência do negociado sobre o legislado e a negociação coletiva na nova lei: examinando limites e alcance constitucionais**. In: Reforma Trabalhista na visão de Procuradores do Trabalho. Ângelo Fabiano Farias da Costa, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira Monteiro, Silvio Beltramelli Neto (Coordenadores), Ed. Juspodivm, 2018.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Trad. De Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SARLET. Ingo Wolfgang. **Os Direitos dos Trabalhadores como Direitos Fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988**. In: Diálogos entre o Direito do Trabalho e o Direito Constitucional: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber/Inga Wolfgang Sarlet, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (Coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Mayana Macedo Fernandes da. **Da prevalência do negociado sobre o legislado**. In: **Reforma Trabalhista Interpretada: Lei nº 13.467/2017**. Coordenadora Cirlene Luiza Zimmermann. Editora Plenum, 2017. p.217-248.

SOUZA, Roberta de Oliveira. **Análise do negociado versus o legislado: perspectivas doutrinária, jurisprudencial e orçamentária da reforma trabalhista considerando os**

argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade da Lei 13.467 de 2017. In: Revista dos Tribunais, vol. 985/2017, p. 243-261, nov. 2017, DTR\2017\6662.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. **Negociado sobre legislado: o mito de Ulisses e as Sereias.** In: Reforma Trabalhista: Visão, Compreensão e Crítica. Guilherme Guimarães Feliciano, Marco Aurélio Marsiglia Treviso, Saulo Tarcísio de Carvalho Fontes, organizadores. – São Paulo: LTr, 2017.

TIBALDI, Saul Duarte; ALVIM, Victor Lucas. **As negociações coletivas trabalhistas e a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares.** Revista de Direito do Trabalho. vol. 188.ano 44. p.89-113. São Paulo: Ed. RT, abril 2018.

ENTIDADE FILANTRÓPICA E REFORMA TRABALHISTA: CONTRIBUIÇÕES CRÍTICAS

Leonardo Emrich Sá Rodrigues da Costa²

² Analista Judiciário do TRT-SC (Lotado no gabinete do Desembargador Wanderley Godoy Jr.). Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Professor na Universidade de Rio Verde-GO, ministrando a disciplina Processo Civil. Ex-Advogado inscrito na OAB-GO 33.165. E-mail: leonardo.costa@trt12.jus.br