

Introdução

Ao tratar das fontes de positivação de norma jurídica, pela perspectiva da teoria monista, Hans Kelsen reconhece o devido processo legislativo como único centro de positivação de fontes formais, legitimação na forma de competência legislativa conferida ao Congresso Nacional (art. 59 da CF), conferindo coercibilidade a norma jurídica, com a imputação de sanção pelo descumprimento do dever legal previsto no texto prescritivo da regra.

A lei induz aos seus destinatários os seguintes comportamentos: proibido, permitido e obrigatório.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado (2014, p. 139), a partir da teoria pluralista, reconhece centros alternativos de positivação de norma jurídica ao longo da sociedade civil, com especial atenção para os instrumentos jurídicos da negociação coletiva (Convenção Coletiva ou Acordo Coletivo de Trabalho) reconhecidos a partir do princípio da autonomia coletiva da vontade expresso no art. 7º, XXVI, da CF, pois o legislador constitucional reconhece o modelo de flexibilização mediante tutela Sindical (art. 8º, VI, da CF).

Registramos que para a vertente pluralista, a circunstância de se reconhecer no Estado o centro hegemônico de positivação jurídica não impede a percepção da nítida convivência, no âmbito da sociedade civil, de outros núcleos de produção de fontes formais do Direito.

A natureza de norma jurídica, e não de cláusula contratual, conferida aos instrumentos de negociação coletiva (ACT e CCT), decorrem da dicção do caput do art. 611 da CLT ao falar em “*ação normativa*”, com efeitos diretos, da não incorporação definitiva de suas disposições aos contratos de trabalho, aplicabilidade que não excede a sua própria vigência (2 anos), com veação legal a sua ultratividade da norma, pela redação do § 3º, do art. 614 da CLT.

A origem Estatal dos diplomas produzidos no âmbito do aparato Estatal, em paralelo com a produção da norma jurídica pela participação dos destinatários das regras produzidas, que reconhece um crescente autodisciplinamento das condições de vida e de trabalho pelos próprios interessados, progressivamente, passa a traduzir um processo de democratização das relações de poder reconhecidas no contexto social, adequando as

condições de trabalho a realidade socioeconômica, pelo princípio da adequação setorial negociada.

Com a promulgação da Lei nº 13.467/17 o texto do art. 611-A da CLT passou a adotar a dicção “têm prevalência sobre a lei”, substituindo a expressão “força de lei” registrada no Projeto de Lei nº 6.787/16, franqueando maior ênfase na segurança jurídica ofertada ao conteúdo negociado, com sobreposição hierárquica e, ao mesmo tempo, reafirmando, sob o pálio do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, a limitação da análise da legalidade pelo Juiz do objeto ajustado, dentro dos limites dos elementos de validade do negócio jurídico (art. 104 da CC), como positivado na parte final do § 3º, do art. 8º, da CLT.

O julgamento proferido em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 590.415, como voto do Ministro Luís Roberto Barroso (relator) dá início a um processo de mutação constitucional (*living constitution*) em relação às normas sociais do trabalho inseridas na Constituição brasileira de 1988, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, e dos teoria horizontal dos direitos fundamentais, para franquear ao empregador, igualmente titular destes direitos, o direito de livre iniciativa, com a alteração da hermenêutica constitucional.

Da jurisdição constitucional, promovendo a plasticidade de nosso constitucionalismo social em matéria trabalhistas, preserva-se ambos os vetores interpretativos do art. 1º, inciso IV, da CF, *ethos* revelado pelo valor social do trabalho e livre iniciativa, ambos habitando o mesmo *locus* constitucional.

A revitalização do princípio da autonomia coletiva da vontade previsto no art. 7º, inciso XXVI, da CF, como cláusula geral e residual, de matérias submetidas a negociação coletiva (*collective bargaining agreement*), legitima as alterações legislativas promovidas com a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/17), inserindo no rol do art. 611-A da CLT as matérias de indisponibilidade relativa, e como objeto ilícito, um rol no art. 611-B da CLT as matérias de indisponibilidade absoluta.

Com a tese de repercussão geral do tema nº 1046 o Supremo Tribunal federal sinaliza a necessidade de preservação do patamar civilizatório mínimo, quanto ao conteúdo da matéria negociada em Acordo Coletivo de Trabalho e Convenção Coletiva de Trabalho no âmbito de determinada categoria profissional, especialmente, quanto a discricionariedade conferida nas matérias autorizadas, refletida na intensidade da redução de direitos, sem medida compensatória.

Para o nosso objetivo, de discutir a sistematização dos parâmetros hábeis a imposição dos limites a negociação coletiva, valorosa a tentativa de sistematização do conteúdo das matérias de indisponibilidade absoluta e relativa, como observado no voto do Ministro Gilmar Mendes (relator), no julgamento da ADPF nº 381 do STF, de forma que o novo protagonismo do princípio da autonomia coletiva da vontade não venha a vulnerar o patamar civilizatório mínimo.

Deste modo, estar-se-á a preservar as diretrizes do modelo constitucional brasileiro em matéria trabalhista: *“a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social...”*, desenvolvimento econômico, sem comprometer o desenvolvimento social.

1. Flexibilização das normas sociais do trabalho

Ao tratarmos da história do Direito do Trabalho, importante a discussão a respeito do momento de crise ou transição deste conjunto de normas jurídicas aglutinadas a partir do princípio da proteção, desenvolvendo um conteúdo mínimo ao contrato de trabalho através da preservação do patamar civilizatório mínimo, ameaçado pelas teses da desregulamentação das normas sociais de proteção na direção de uma ideologia neoliberal para a consecução de um Estado Mínimo.

A flexibilização, conceitualmente, corresponde ao arrefecimento da posição extrema da desregulamentação do trabalho, da não interferência do Estado no contrato de trabalho por intermédio de disposições normativas de ordem pública, mas a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem sedimentando o posicionamento a respeito de institutos clássicos do direito do trabalho ao admitir uma crescente flexibilização, com protagonismo ao princípio da autonomia coletiva da vontade, revelado pelo conteúdo negociado de Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho.

Há uma discussão pela comunidade jurídica internacional ao entorno da tese intermediária da flexibilização, permitindo a compatibilização entre desenvolvimento econômico e social, dentro da intensidade almejada no contexto do Estado Social referenciado na positivação constitucional, com o suporte cultural que seja próprio de cada país, ou melhor, revelador da sua realidade socioeconômica, já que estamos longe de uma universalização

mínima dos níveis de proteção ao entorno das diretrizes da Organização Internacional do Trabalho, que visa alcançar a ideia do “trabalho decente”.

Para alguns o Estado do bem-estar-social (*Welfare State*) jamais fora realidade nos países em desenvolvimento, razão pela qual haveria uma impropriedade técnica, semântica, na afirmação de sua eventual desconstrução pela tese da flexibilização, não sendo possível desconstruir aquilo que nunca se teve.

O curso do movimento de flexibilização das normas de proteção do trabalho, refletem, de forma imediata, o profundo e inexorável processo de globalização da economia, e em um contexto mundial de baixa demanda econômica, como um evidente desajuste estrutural entre demanda e oferta, sendo notórios os reflexos perversos na proteção social dos trabalhadores, evidenciado no relatório apresentado pelo Diretor Geral da OIT, Michel Hansenne, em Conferência realizada em 1997:

Se não lograrmos pôr um freio ao custo social das transformações econômicas resultantes da mundialização e da evolução tecnológica, correremos o risco de deslizarmos para um terreno de grande instabilidade política e social. (HANSENNE, OIT, 1997).

Neste passo a preocupação dos Estados nacionais, e das instituições multilaterais que atuam perante a comunidade internacional, em especial a Organização Internacional do Trabalho, devem trabalhar com previsões otimistas, em novo contexto tecnológico e de inovação, em que seja factível o desenvolvimento de maiores habilidades dos trabalhadores, após a aceleração das mudanças provocadas pela pandemia, o que em certa medida, conspiraria a favor um maior equilíbrio na regulamentação do trabalho, por negociação coletiva (responsabilidade das instituições privadas), ou intervenção do Estado (responsabilidade dos governos), que arrefeça os efeitos da tecnologia sobre todo o mercado de trabalho.

Diante da negação da intervenção Estatal nas relações sociais promovidas pela tese da desregulamentação das normas sociais do trabalho, a flexibilização, regra geral, pode ser reconhecida como uma tese intermediária capaz de promover uma melhor adequação das normas de proteção ao trabalho às exigências de mercado, dentro do espectro econômico do neoliberalismo, que reconhece legitimidade aos procedimentos de negociação coletiva, utilizando-se dos instrumentos normativos da Convenção e Acordo Coletivo de Trabalho, com escopo de promover a solução dos conflitos entre trabalhadores e empregadores, como fonte normativa apta a disciplinar estas mesmas relações privadas.

Mozart Victor Russomano (1997, p. 15) reconhece que:

A tendência, cada vez mais ostensiva e extensa, a se estimular a negociação coletiva, dispensando, no que concerne a detalhes, as leis do Estado, sob o sopro forte das ideias neoliberais, pode vir a transformar-se, porém, em uma tentativa perigosa de desarticulação do Direito do Trabalho, como ele é compreendido até agora.

Para Jorge Luiz Souto Maior (2000) o direito corresponde a “*narração histórica de um povo*”, sendo indispensável à existência de um suporte cultural que dê sustentação ao modelo de normatização que se pretenda implantar, e a amplitude da regulamentação autônoma somente se justifica enquanto sindicatos dos trabalhadores e empregadores mantiverem esforços de boa-fé para solucionar seus acordos coletivos sem o envolvimento do governo, cessando esta condição básica, justifica-se, pontualmente, a intervenção Estatal.

Sob o fundamento jurídico, e constitucional, quaisquer das teorias de flexibilização enfocadas visam o fortalecimento do princípio da autonomia coletiva da vontade (art. 7º, XXVI, da CF), com a ampliação do diálogo social através da construção de espaços privados hábeis ao florescimento da norma jurídica aplicável às relações do trabalho, resultante da articulação direta de seus atores sociais (empregados e empregadores) representados por seus Sindicatos (art. 8º, inciso VI, da CF), como alternativa a normatização heterônoma estatal.

Neste ponto, trazemos o alerta de Octavio Bueno Magano (1980, p. 16) em face à crescente hipertrofia do direito individual do trabalho:

Nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica, em funcionamento nos países latinos, o direito individual do trabalho tem tomado a forma predominante de textos legais, ao passo que, nos países da “*common law*”, tem-se consubstanciado, quase sempre, em cláusulas de convenção coletiva do trabalho. O fenômeno se explica por serem os Sindicatos mais fortes e mais atuantes nos países do segundo grupo e a consequência do mesmo fenômeno tem sido a hipertrofia do direito individual do trabalho, nos países do primeiro grupo.

Como contraponto à posição de menor espaço ao diálogo apresentada na doutrina clássica, contemporaneamente, Luiz Carlos Amorim Robortella (1997, p. 96) entende que:

Cabe ao Estado restituir à sociedade as prerrogativas e responsabilidades que lhe pertencem e cessar de monopolizar as intervenções sociais. Deve reencontrar seu papel de regulador do jogo social, abandonado a pretensão de tudo regular.

A intensificação da flexibilização dos direitos trabalhistas está ligada aos seguintes modelos de normatização *justrabalista*, assimiláveis pela diversidade das experiências históricas vivenciadas por cada um dos ordenamentos nacionais, segundo classificação proposta por Maurício Godinho Delgado (2014, p. 74):

(i) Normatização autônoma e privatística: os conflitos entre capital e trabalho são gestados no âmbito da própria sociedade civil por intermédio dos mecanismos de

negociação coletiva autônoma, hábeis a induzir criação da norma jurídica a partir da própria dinâmica conflituosa, a normatização jurídica defluiu fundamentalmente da criatividade privatística, fortalecendo o conteúdo da flexibilização;

(ii) Normatização privatística subordinada: o Estado delimita a atuação dos agentes, subordinando sua criatividade normativa, a regulamentação não funciona como um elemento impeditivo, mas condicionador, posto que o patamar heterônomo mínimo promovido pelo Estado deve ser, necessariamente, observado, sob pena da sua invalidade, sob pena da progressiva precarização das condições do trabalho, e ainda;

(iii) Modelo *justralhista* autoritário: o conflito trabalhista é absorvido pelo aparelho Estatal, que disciplina minuciosamente os caminhos para sua solução, sufocando a atuação institucional dos Sindicatos através de cuidadosa operosidade legislativa.

No âmbito internacional, a proposta doutrinária acima exposta, pode ser representada pela classificação retratada na “*OECD Employment Outlook 2018*”¹, vejamos:

(i) Cobertura da Negociação Coletiva: este ponto representa a abrangência real que as normas coletivas poderiam atingir, a parcela de categorias beneficiadas pelas regras sindicais e o sistema brasileiro que não exige que os trabalhadores sejam sindicalizados;

(ii) O nível em que o acordo coletivo é negociado: Este é o aspecto mais importante que é discutido no movimento de flexibilização. Estes são os principais modelos adotados pelos parceiros da OCDE:

(a) Sistema centralizado: As preferências dos peritos enquadram-se em “nível setorial” ou “nível nacional”, representando o quadro que tem espaço limitado para modificar as cláusulas coletivas estabelecidas em acordos de nível superior;

(b) Sistema totalmente descentralizado: a opção do legislador por um modelo que não imponha a interferência do Estado e, ainda, no sistema de negociação coletiva estão as preferências de resolução em nível de empresa, especialmente a regra para alcançar resultados mais específicos e alinhados com as condições de trabalho que empregadores e empregados estão experimentando;

(c) Organizado Descentralizado: este esquema foi modelado entre dois extremos, misturou os principais atributos de todas as outras proposições e enfatizou o acordo setorial que permitiu estabelecer amplas e detalhadas condições de trabalho, *standards* que limitam a variação das condições de trabalho a serem definidas no nível da empresa.

Reconhecemos no ciclo evolutivo da flexibilização autônoma no Brasil, ao menos, 3 fases de desenvolvimento dos modelos reconhecidos a partir do texto constitucional, com variação de sua intensidade que lhes permita entrever seus limites, cada uma destas fases

¹Texto original:

(i) Collective Bargaining Coverage: this point represents the actual coverage that collective norms could achieve, the share of works benefited by trade union rules, and the Brazilian system that does not require the workers to be signed up trade union members;

(ii) The level of collective bargaining agreement is negotiated: This is the most important aspect that is discussed in the flexibility movement. These are the principal models adopted by OECD partners:

(a) Centralized system: The preferences by the experts fall into “sector level” or “national level”, representing the framework which has limited space for modifying the collective terms set out in higher level agreements;

(b) Fully decentralised system: the lawmakers option for a model that does not impose State interference, and furthermore, in the collective bargaining system are the preferences of firm-level resolution, especially the rule to achieve more specific results in line with working conditions that employers and employees are experiencing;

(c) Organised Decentralised: this scheme was modeled between two extremes, it mixed the main attributes of all other propositions, and emphasized the sector-level agreement which allowed to set broad and detailed working conditions to be defined at the company level.

permite estabelecer, em maior e menor grau, o sentido e alcance do princípio da autonomia coletiva da vontade expresso no art. 7º, XXVI, da CF, representada na fórmula de consecução da norma jurídica pelos próprios autores sociais, aplicável aos contratos de trabalho circunscritos a abrangência territorial das categorias econômicas/profissionais envolvidas.

Haverá a articulação direta de empregados e empregadores, com intermediação, e representação, de seus Sindicatos, legitimação constitucional, para a instituição de condições de trabalho, por cláusulas normativas, que tenham lastro na aprovação da assembleia geral de empregados devidamente convocados para esta finalidade.

Em relação à adaptação das cláusulas negociais ao contexto social, político e econômico no qual estejam circunscritas, a flexibilização admite maior adaptação, como defendido por Luiz Carlos Amorim Robortella (1997, p. 97), nos seguintes termos:

Instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulamentação do mercado de trabalho, tendo como objetivo o desenvolvimento econômico e progresso social.

Segundo posicionamento clássico sedimentado, até então, na doutrina, e na jurisprudência, delimitando sentido e alcance da flexibilização autorizada pelo legislador constitucional, haveria, apenas e tão somente, operacionalidade nas hipóteses excepcionais do: (i) Art. 7º, inciso VI, da CF: admitindo a redução de salário; (ii) art. 7º, inciso XIII, CF: compensação de jornada e redução de jornada; e, (iii) art. 7º, inciso XIV, da CF: referente à ampliação dos turnos ininterruptos de revezamento.

Maurício Godinho Delgado (2014, p. 137) dissertando a respeito dos direitos fundamentais de segunda dimensão, que envolvem as prestações positivas em matéria social e econômica, que englobam tanto o Direito do Trabalho quanto o Direito Previdenciário, noticia a existência de um patamar civilizatório mínimo, que passa ao largo das teses que pretendem promover a desarticulação do *Welfare State*, uma vez que o texto constitucional, com a estabilidade peculiar das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF), deve assegurar:

- (i) Normas constitucionais em geral: previsão de um rol mínimo de disposições fundamentais em matéria trabalhista no art. 7º da CF, respeitadas, é claro, as ressalvas parciais dos incisos VI, XIII e XIV;
- (ii) Normas de tratados e convenções internacionais: vigorantes no plano interno brasileiro pela cláusula de abertura do art. 5º, § 2º, CF/88, representando regras que expressam um patamar civilizatório próprio do mundo ocidental;
- (iii) Normas legais infraconstitucionais: que asseguram patamares de cidadania ao indivíduo que labora (preceitos relativos à saúde e segurança no trabalho, normas concernentes à base salarial mínima, normas de identificação profissional, dispositivos antidiscriminatórios, etc).

Neste momento, a interpretação extraída do texto constitucional prestigiava o princípio da norma mais favorável previsto constitucionalmente, permitindo sua complementação pelo princípio do não retrocesso social, ambos positivados no texto da Constituição Federal de 1988, direito fundamental do trabalhador inserido no inciso I, do art. 7º, que prescreve: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Este panorama normativo passa a ser alterado pelo protagonismo franqueado a autonomia coletiva da vontade, uma releitura do art. 7º, inciso XXVI, da CF, pelo RE nº 590.415, a ser analisado de modo pormenorizado a frente.

2. Direito Mínimo do Trabalho

Diante da diversidade do mercado de trabalho, o que não justificaria uma norma geral, impessoal e abstrata, de natureza jurídica federal (competência legislativa da União em Direito do Trabalho prevista no art. 22, inciso I, da CF), capaz de contemplar a diversidade socioeconômica das diversas regiões do país, bem como, pela perspectiva do princípio da adequação setorial negociada, a necessidade de ramos econômicos distintos, como: agricultura, indústria e prestação de serviço, ou ainda a natureza do trabalho: manual, técnico e intelectual; acreditamos, que no atual estágio da jurisprudência do STF em matéria trabalhista, a norma heterônoma Estatal deve contemplar o “Direito Mínimo do Trabalho”.

Seria de grande valia a existência de um regime especial passível de contemplar as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, a exemplo do “Simples Nacional” em matéria tributária, contudo, a LC nº 123/06 (Capítulo V - Da simplificação das relações de trabalho) avanço timidamente na questão trabalhista, devido, talvez, a inviabilidade prática de um critério jurídico válido, representativo de segurança jurídica, no enquadramento, para que pudéssemos alcançar a contento estes objetivos.

Nelson Mannrich e outros (2022, p. 46), dissertando sobre a liberdade sindical e a negociação coletiva, admite a adaptabilidade da regra jurídica a realidade subjacente, a contemplar micro e pequenas empresas, como em um regime especial alcançável via negociação coletiva:

A prevalência do acordo sobre a convenção coletiva, e de ambos sobre a lei, nos limites constitucionais, permite maior adaptabilidade e plasticidade das relações de trabalho nas micro, pequenas, médias e grandes empresas, cada qual com suas especificidades. Favorece a criação e a manutenção de empregos. A CLT permanece para quem a queira. Os que optarem por regras distintas, mais ajustadas à realidade, poderão estabelecê-las

mediante negociação coletiva. Manter com a rigidez da CLT é prosseguir na tutela homogênea incompatível com a heterogeneidade das relações de trabalho, que variam de setor para setor, de empresa para empresa. É impedir o sindicato e a empresa de construírem normas que adaptem as relações de trabalho à realidade, preservando empregos e capacidade de investimento.

O avanço do Direito do Trabalho não estaria em uma maior hipertrofia normativa das condições de trabalho, mas no avanço de pontos específicos através da negociação coletiva, que possa ser fomentada na diretriz da adequação setorial negociada, e absorver ao diálogo social as especificidades de atividades econômicas, e interesses específicos de categorias profissionais.

Trazendo nova perspectiva ao seu posicionamento tradicional, Arnaldo Süssekind (2010, p. 51) passa a asseverar:

É certo que a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) está desatualizada e configura uma intervenção nas relações contratuais de trabalho, que em 1943 se justificava, mas que hoje deve ser atenuada. Não obstante sermos o único sobrevivente da comissão que a elaborou, reconhecemos que, já agora, sistema legal trabalhista brasileiro deve constituir-se de normas gerais, capazes de serem complementadas e terem sua aplicação flexibilizada pelos instrumentos normativos da negociação coletiva. Mas a autonomia privada coletiva não pode afastar a atividade legislativa do Estado visando a estabelecer um número mínimo de direitos imperativos e irrenunciáveis, aplicáveis a todas as categorias de trabalhadores, em todas as regiões do país.

Dentro desta perspectiva de um “Direito Mínimo do Trabalho”, com estabilidade assegurada na sua previsão constitucional, cláusulas pétreas dos XXXIV incisos e parágrafo único do art. 7º da CF, complementados no plano infraconstitucional pela “cláusula de barreira” negocial do art. 611-B da CLT, revelando o objeto ilícito passível de censura, inclusive, pela perspectiva do princípio da intervenção mínima do art. 8º, § 3º, *in fine*, da CLT, pela doutrina, não haveria mais espaço na lei para a regulamentação de categoriais profissionais, bem como a imposição normativa de pisos salariais, no âmbito das relações privadas de trabalho.

No tocante à regulamentação das profissões, Amauri Mascaro Nascimento (2011, p. 26), preceitua:

Estado diminui o ímpeto da elaboração de uma lei para cada profissão. Não é justo, por outro lado, que algumas profissões possam ser regulamentadas por lei e outras, não. Acrescente-se que não é correta a noção segundo a qual a categoria profissional só é forte se contar com regulamentação legal. Há categorias profissionais que dispõem de grande força, embora sem lei especial. A tendência moderna é para a transferência dessas regulamentações do âmbito da lei para as negociações coletivas.

A desregulamentação de algumas categorias profissionais com regulamentação específica prevista em lei fora uma das iniciativas da MP nº 905/19, que neste ponto, fora revogada pela MP nº 955/20.

No mesmo sentido, mas em relação a fixação de piso salarial por lei, Arnaldo Süssekind (2010, p. 186) reconhece:

Se o que o inciso V do art. 7º da Constituição denomina de “piso salarial” deve ser “proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”, então, em bom direito, trata-se de salário profissional. Este é que tem em vista a natureza do trabalho exercido pelos profissionais habilitados a executá-lo. Já o piso salarial não tem em conta a função exercida pelo trabalhador, mas a circunstância de ele integrar uma categoria, ou uma empresa, para a qual restou proibida a admissão ou permanência do salário abaixo de certo nível. [...] É evidente, no entanto, que o instrumento mais adequado para a estipulação do salário profissional ou do piso da categoria é a convenção coletiva ou o acordo coletivo.

A ADI nº 7.222, com medida cautelar deferida pelo Ministro Luís Roberto Barroso, discute a viabilidade constitucional do piso nacional de enfermagem introduzido pela Lei nº 14.434/22, vejamos a ementa:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSO LEGISLATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.434/2022 E EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 124/2022. PISO SALARIAL DOS PROFISSIONAIS DE ENFERMAGEM. AUSÊNCIA DE AVALIAÇÃO DE IMPACTO, PONDO EM RISCO VALORES CONSTITUCIONAIS. CAUTELAR DEFERIDA. [...] 2. As questões constitucionais postas nesta ação são sensíveis. De um lado, encontra-se o legítimo objetivo do legislador de valorizar os profissionais, que, durante o longo período da pandemia da Covid-19, foram incansáveis na defesa da vida e da saúde dos brasileiros. De outro lado, estão os riscos à autonomia dos entes federativos, os reflexos sobre a empregabilidade no setor, a subsistência de inúmeras instituições hospitalares e, por conseguinte, a própria prestação dos serviços de saúde. 3. É preciso atenção, portanto, para que a boa intenção do legislador não produza impacto sistêmico lesivo a valores constitucionais, à sociedade e às próprias categorias interessadas. (BARROSO, STF, 2022)

Desta forma, o princípio da autonomia coletiva da vontade (art. 7º, inciso XXIV, da CF), seja pela decisão do STF, ou mesmo pelo protagonismo que lhe fora conferido pela Lei nº 13.467/17 passa a deter um maior protagonismo na normatização das condições de trabalho no Brasil, mas que não venha a exceder o direito do trabalho mínimo, no catálogo de direitos sociais mínimos do art. 7º da CF/88, protegido pela força das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).

3. Revitalização do Princípio da Autonomia da Vontade

De acordo com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, a negociação coletiva envolve uma forma peculiar de superação do conflito entre capital e trabalho, com fins profiláticos, desempenhando uma função terapêutica de ordem política e socioeconômica de grande relevância na normatização das relações de trabalho, ao incentivar o diálogo social, permitindo o desenvolvimento institucional no atuar coletivo.

Individualmente o trabalhador passa a ser cidadão consciente e plenamente capaz, sob pena de confiná-lo à alienação permanente, e diante da perspectiva sistêmica, a invalidação reiterada contribui para o descrédito dos instrumentos de negociação coletiva como meio de solução dos conflitos sociais, o que deve ser estimulado por quaisquer dos poderes do Estado.

Na fundamentação do Ministro Barroso, no RE nº 590.415, resta consignada a importância do princípio da adequação setorial negociada, relevante contribuição do Ministro Maurício Godinho Delgado do TST na construção dogmática do Direito do Trabalho, para quem, havendo a preservação do patamar civilizatório mínimo, é premente a necessidade de uma maior adequação das normas gerais às especificidades dos diversos setores da economia (agricultura, indústria e serviços), em dinâmicas laborais específicas (trabalhos manuais, técnicos e intelectuais), com uma diversidade socioeconômica inerante as nossas dimensões continentais, além de aspectos circunstanciais que são trazidos à em evidência nos momentos agudos das crises.

A exemplo da crise econômica mundial de 2008, ou mesmo, da pandemia do COVID-19 2020/2021, o resultado das negociações coletivas passam a garantir uma melhor conformação da norma Estatal à conjuntura econômica/social adversa, desenvolvendo o conceito de sustentabilidade dos postos de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento (2017, p. 146) dissertando a respeito dos limites da autonomia coletiva privada da vontade, registra ser esta uma ferramenta hábil a administrar a crise das empresas e da economia, o que possui legitimidade na própria autorização constitucional para redução dos salários por intermédio da negociação coletiva.

As transformações na economia mundial sustentam a discussão ao redor de um *Direito do Trabalho de crise*, delineado pelas diretrizes da normatização trabalhista nos países da Europa Ocidental, alinhados com a modernização do mercado de trabalho, utilizando-nos das medidas anticíclicas aptas a estancar os revezes econômicos próprios da contemporaneidade, a criatividade das normas coletivas seriam engrenagens indispensáveis a estas iniciativas, uma oportunidade de “reconexão” do movimento Sindical com o cenário corporativo no mundo Pós-COVID, não mais regulamentando questões atuais como

teletrabalho, direito a desconexão, auxílio maternidade/paternidade compartilhado, sem a necessidade da intervenção do Estado.

A partir do *leading case* adotado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, seguindo na mesma linha, com a sedimentação em forma de precedente, no RE nº 895.759, com relatoria do Ministro Teori Zavascki, foram testados novos limites à negociação coletiva, com a possibilidade de prefixação das horas *in itinere* em norma coletiva, destacando:

O acórdão recorrido não se encontra em conformidade com a *ratio* adotada no julgamento do RE 590.415, no qual esta Corte conferiu especial relevância ao princípio da autonomia da vontade no âmbito do direito coletivo do trabalho. Ainda que o acordo coletivo de trabalho tenha afastado direito assegurado aos trabalhadores pela CLT, concedeu-lhe outras vantagens com vistas a compensar essa supressão. Ademais, a validade da votação da Assembleia Geral que deliberou pela celebração do acordo coletivo de trabalho não foi rechaçada nesta demanda, razão pela qual se deve presumir legítima a manifestação de vontade proferida pela entidade sindical. (ZAVASCKI, RE nº 895.759, 2016)

Preocupado com as exigências jurisprudências das contrapartidas nas negociações coletivas, plasmando na regra da concessão recíproca passível de compensação, o que estaria por contingenciar o efeito de precarização dos direitos sociais, o legislador da Reforma Trabalhista destacou no § 2º do art. 611-A da CLT que: “*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*”.

Atônitos com a mudança de posicionamento, não obstante a existência de uma jurisprudência sólida perante os Tribunais Regionais do Trabalho, permitindo a ampliação da negociação coletiva para além das hipóteses do art. 58, § 3º, da CLT, pois a interpretação literal restringe sua aplicação às microempresas e empresas de pequeno porte (ME e EPP), o pleno do TST posicionou-se politicamente através do julgamento do E-RR nº 205900-57.2007.5.09.0325, por intermédio do Voto do Ministro João Oreste Dalazen, no qual foi negado o reconhecimento da natureza indenizatória das horas *in itinere*².

Com menção direta aos precedentes assinalados pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo assentado em qualquer dos precedentes “rebeldes”, de que a autonomia negocial coletiva consiste em um valor absoluto, admitindo no particular a técnica do *distinguish* disciplinada no art. 489, § 1º, inciso VI, do CPC, e para o Ministro Maurício Godinho Delgado:

² A Súmula nº 9 do TRT da 7ª Região admite o reconhecimento do caráter indenizatório do auxílio-alimentação, por norma coletiva, alteração da natureza jurídica para os empregados admitidos após a pactuação, prestigiando o princípio da autonomia da vontade coletiva albergado pelo art. 7º, inciso XXVI, da CF.

Não podemos inferir que o STF tenha autorizado que a negociação coletiva trabalhista passasse a reduzir direitos imperativos oriundos da Constituição da República, das leis brasileiras e das convenções internacionais radicadas no Brasil. (DELGADO, TST, 2016)

O próprio Ministro Luís Roberto Barroso, no voto proferido no RE nº 590.415, reconhece a fragilidade do sistema de Liberdade Sindical delineado pelo legislador constituinte, que certamente demanda um maior aperfeiçoamento, motivo pelo qual sustentamos que a Reforma Sindical deveria ter precedido a Reforma Trabalhista, quanto há nesta última intenção deliberada de ampliação da autonomia coletiva privada da vontade, e como já dito, a legitimidade está centrada na higidez da manifestação da vontade proferida soberanamente pela Assembleia Geral da categoria profissional, dentro dos contornos estatutários de seu autogoverno.

4. Direitos Absolutamente indisponíveis e o patamar civilizatório mínimo

O Poder Legislativo jamais duvidou das dificuldades que seriam encontradas na efetivação da nova legislação, durante a tramitação do Projeto de Lei nº 6.787/16 houve muita incerteza a respeito da carga semântica a ser utilizada no texto legal do art. 611-A da CLT, abandonou-se, no início da apresentação do projeto de lei a terminologia da redação original do art. 611 da CLT, com efeito de franquear a natureza de norma jurídica às disposições de ACT's e CCT's a partir da expressão “ação normativa”, passando a opção inicial idêntica à técnica legislativa do art. 62 da CF, referente à Medida Provisória, que, até então, encontrava “eco” no sistema jurídico pátrio, independentemente da inconsistência reiterada dos parâmetros da relevância e urgência, logo, utilizar-se-ia a expressão “força de lei”.

A expressão “força de lei” tinha uma finalidade muito clara quanto ao efetivo acolhimento do negociado pela Justiça do Trabalho, dentro de uma concepção jurisdicional eminentemente positivista/legalista, contudo, já que tudo aquilo que tem força de lei é lei, subsistiria uma questão hierárquica premente, uma vez que a norma protetiva seguiria em frente com o mesmo *status* do negociado.

Diante deste impasse, na tramitação do projeto perante o Senado Federal (PLC nº 38/17), a expressão foi substituída por “têm prevalência sobre a lei”, almejando a intuito meramente vinculante extraído da concreção imposta pelo conteúdo ineludível da legalidade. Simultaneamente, estar-se-á por negar o espaço conquistado no sistema jurídico pela teoria dos direitos fundamentais.

Antecipando as dificuldades de consecução, aplicabilidade e reconhecimento do amplo espaço da negociação coletiva que se pretendeu fazer valer a partir da Reforma Trabalhista, o art. 8º, § 3º, da CLT trouxe a lume o princípio da intervenção mínima no conteúdo dos instrumentos de negociação coletiva:

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 nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva.

Trilhando no mesmo sentido, o § 1º do art. 611-A da CLT prevê: *“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”*.

Contudo, a própria jurisprudência ainda não havia fechado questão, pelo próprio grau de prematuridade das discussões, quanto à inversão hierárquica dentre as fontes normativas, as normas coletivas que teriam prevalência sobre a própria lei de fonte Estatal (art. 611-A da CLT).

A prevalência do negociado sobre o legislado não seria uma autorização geral para precarização dos direitos do trabalhador, a carga semântica do termo “negociação”, por si só, pressupõe “concessões recíprocas” e “contrapartida”, não comportando renúncia, pelo despojamento unilateral de direitos consagrados.

A partir destes pilares acima mencionadas, em julho de 2019, o Ministro Gilmar Mendes relator do ARE nº 1.121.633, promove por decisão monocrática a suspensão nacional dos processos que tenham por objeto controvérsia envolvendo discussão de validade de norma coletiva com efeito de restringir ou limitar direito trabalhista não consagrado constitucionalmente, o que envolve a análise da questão hierárquica da prevalência do negociado sobre o legislado que o *caput* do art. 611-A da CLT pretende imprimir.

Quanto a este ponto, fora reconhecida a “repercussão geral” pelo tema 1046, uma vez que a controvérsia transcende os interesses subjetivos da causa, pela perspectiva social, econômica ou jurídica, havendo fundado receito que as *“as categorias sejam novamente inseridas em uma conjuntura de insegurança jurídica com o enfraquecimento do instituto da negociação coletiva”*.

Com o protagonismo da negociação coletiva franqueado pela nova redação do art. 611-A da CLT, impondo a prevalência do negociado sobre o legislado, constitucionalidade, por ora reconhecida no ARE nº 1.121.633, com o Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, este reconhece a possibilidade de restrição dos direitos trabalhistas previstos em lei por

intermédio das disposições previstas em ACT/CCT, que eventualmente disponham em sentido contrário, independentemente da explicitação das vantagens compensatórias, enfrentando limites apenas quanto aos contornos constitucionais conferidos ao catálogo de direitos absolutamente indisponíveis.

Na decisão em questão, há referência ao voto do Ministro Luis Roberto Barroso proferido no *leading case* do RE nº 540.415, tese de repercussão geral nº 152, promovendo a distinção entre direitos absoluta e relativamente indisponíveis para efeitos trabalhistas, que alberga conceitos desenvolvidos pela doutrina tradicional do Direito do Trabalho, vejamos:

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, STF, RE nº 590.415, 2015)

Em novembro de 2021, o Ministro Alexandre de Moraes, concedeu medida liminar na Reclamação nº 50.882, determinando a suspensão de ação que trata da possibilidade de redução de direitos por negociação coletiva, quando não assegurado constitucionalmente, referente à possibilidade de fracionamento do intervalo intrajornada:

O parâmetro de confronto invocado é o decidido no ARE 1.121.633 (Rel. Min. GILMAR MENDES). Após o reconhecimento da repercussão geral da matéria constitucional referente ao Tema 1046 – Validade de norma coletiva de trabalho que limita ou restringe direito trabalhista não assegurado constitucionalmente – o Ministro Relator determinou a suspensão de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC, uma vez que o plenário virtual do STF reconheceu a repercussão geral do tema (DJe de 1º/8/2019). Na presente hipótese, assiste razão à parte reclamante. Os documentos demonstram que a ação ajuizada na origem versa sobre a validade de norma coletiva em que se pactuou o fracionamento do intervalo intrajornada (doc. 12, fls. 3/4), matéria relacionada diretamente ao Tema 1.046 da Repercussão Geral. (MORAIS, STF, Rec. nº 50.882)

Remanesce, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a respeito da anulação de disposição individualizada de negociação coletiva prejudicial ao trabalhador, com a manutenção da validade das demais disposições, que pela competência da autonomia privada coletiva, em sede de transação art. 840 do CC, violaria a nulidade, meramente parcial, o ato jurídico perfeito (art. 5º XXXVI, da CF c/c art. 6º da LINDB), seja em sede de controle

de legalidade incidental, ou ainda, por meio do manejo de Ação Civil Pública para anulação de disposição negocial coletiva, de competência do Ministério Público do Trabalho (art. 83, inciso IV, da LC nº 75/93³).

Referida questão restou consignada no Voto do Relator Ministro Gilmar Mendes proferido no ARE nº 1.121.633, vejamos:

Ademais, a elevação do reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos à esfera constitucional e sua afirmação como verdadeira lei a reger o vínculo entre as partes que deles participam resultam na necessidade da observância de um *pacta sunt servanda* laboral. Resta evidente, portanto, por que a intervenção do Poder Judiciário deve ocorrer apenas em situações pontuais. [...] Anoto, ainda, que a anulação de acordos, na parte em que supostamente interessam ao empregador, mantidos os ônus assumidos no que diz respeito ao trabalhador, ao mesmo tempo em que viola o art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, leva a um claro desestímulo à negociação coletiva, que deveria ser valorizada e respeitada, especialmente em momentos de crise. Sobre esse tema, Ives Gandra da Silva Martins Filho indica que: “(...) tanto o Ministério Público do Trabalho, ao ajuizar as ações anulatórias de cláusulas de convenções ou acordos coletivos de trabalho, quanto a Justiça do Trabalho, ao apreciá-las ou ao analisar incidentalmente esses instrumentos normativos, têm dado interpretação ampliativa ao conceito de direitos indisponíveis do trabalhador, limitando excessivamente a autonomia negocial coletiva de sindicatos e empresas. Tal orientação tem tido, como efeito direto, um desestímulo à negociação coletiva, a par de contribuir para tornar irresponsáveis os sindicatos, uma vez que apenas as cláusulas desfavoráveis aos trabalhadores são anuladas e não os acordos ou convenções em seu todo, preservando-se as vantagens compensatórias ofertadas pelas empresas, o que só onera mais os empregadores. (MENDES, STF, ARE nº 1.121.633)

Desta forma, o art. 611-A § 2º, da CLT dispõe que: “*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*”, dispositivo normativo hábil a franquear maior segurança jurídica ao ato jurídico perfeito, não permitindo a nulidade parcial do conjunto volitivo ensejador do consentimento que dá suporte à vinculação jurídica do pacto celebrado entre partes convenientes.

Pelo giro hermenêutico identificado nos precedentes do Supremo Tribunal Federal, os limites do negociado sobre o legislado, seja por meio do efeito de repercussão geral do RE nº 590.415, ou mesmo da promulgação da Lei nº 13.467/17, remanescesse tormentoso não apenas para a doutrina como para a Jurisprudência, uma vez que a preservação do “patamar civilizatório mínimo”, e a distinção entre direitos trabalhistas de indisponibilidade absoluta ou relativa permanecem vagos, e não estão necessariamente

³ Art. 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho: [...] IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

vinculados a sua inserção explícita no texto constitucional, a exemplos nas normas de segurança do trabalho e anotação da CTPS.

Ao analisarmos o tema 1046 de repercussão geral, exarado no RE nº 895.759, fora firmada a tese:

São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis.

Diante da preferência semântica do STF ao referenciar os limites da negociação coletiva aos “direitos absolutamente indisponíveis”, devemos indagar se a referida opção poderia ser sinônimo de “direito constitucionalmente assegurado”?

Pelo viés da hermenêutica constitucional a substituição da expressão "constitucionalmente assegurados" por "absolutamente indisponíveis", repercute na densidade normativa das disposições do art. 7º da CF, sem concretude na maioria dos institutos, conferindo maior juízo de discricionariedade ao legislador infraconstitucional, ou mesmo ao objeto das negociações coletivas, e ainda, elevando ao *status* de indisponibilidade absoluta regras estabelecidas, também, no plano infraconstitucional.

No julgamento da ADPF nº 381 pelo STF, em Voto Divergente da Ministra Rosa Weber entendeu, que embora o art. 611-A da CLT faça referência a jornada de trabalho, o enquadramento dos motoristas na exceção de jornada do art. 61, inciso I, da CLT, viola reflexamente o art. 611-B, inciso XXVI, da CLT, objeto ilícito para fins negociais, com a equiparação do descanso como medida preventiva ao meio ambiente do trabalho equilibrado.

Ressaltamos a posição de Silvia Teixeira do Vale e outros a respeito dos limites constitucionais impostos a própria autonomia coletiva da vontade:

A partir de tais precedentes, é possível concluir que a Corte Suprema passou a atribuir repercussão geral aos recursos extraordinários que questionam os limites constitucionais das normas coletivas e, ao fazê-lo, igualmente iniciou a elaboração de uma jurisprudência mais flexível em relação aos direitos dos trabalhadores, assegurados no art. 7º da Constituição Federal de 1988. No entanto, não é possível afirmar que, mesmo em um cenário de plena autonomia privada coletiva, as partes pactuantes estejam livres para firmar as cláusulas que lhes aprouverem. Isso, porque, embora a autonomia privada decorra da Carta Magna, o texto constitucional estabelece limites claros à confecção de normas coletivas – encontrados nos direitos fundamentais específicos e inespecíficos aos trabalhadores (VALE, 2021, p. 438)

De qualquer forma, autonomia coletiva da vontade não está “descolada” da constituição, seu protagonismo conferido pelo STF não confere um poder absoluto, este se

submete aos limites fixados nos fundamentais específicos, ou não, a relação jurídica do trabalho.

CONCLUSÃO

Não obstante a plasticidade conferida ao Constitucionalismo Social em matéria trabalhista pelo Supremo Tribunal Federal com o protagonismo do princípio da autonomia coletiva da vontade, em mutação constitucional, ainda que relativizando o princípio do não retrocesso social, devemos observar estes limites para preservação de direitos absolutamente indisponíveis, igualmente, assegurados constitucionalmente.

A baixa densidade normativa das disposições do art. 611-A da CLT, regras relativamente indisponíveis, na mensuração das possibilidades conferidas a redução do direito normatizado em norma heterônoma, encontra barreiras claras em interpretação sistemática, que leve em consideração o objeto ilícito reconhecido no art. 611-B da CLT.

Desta forma, preservando o não retrocesso social, estar-se-á por garantir a preservação do patamar civilizatório mínimo nas relações do trabalho, com a eficácia do direito mínimo do trabalho positivado no art. 7º e seus incisos, da CF/88.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13ª. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. **A reforma trabalhista no brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

MAGANO, Octavio Bueno. **Manual de direito do trabalho**. Parte Geral. 2ª. ed. São Paulo: LTr, 1980.

MANNRICH, Nelson. **A reforma do mercado de trabalho: a experiência italiana**. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **A modernização do contrato de trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Liberdade sindical e negociação coletiva**. Leme: JHMizuno, 2022.

_____. **Reforma trabalhista: reflexões e críticas**. São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Compêndio de direito sindical**. 8^a. ed. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Direito contemporâneo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **O moderno direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1994.

_____. **O direito do trabalho na empresa e na sociedade contemporânea**. São Paulo: LTr, 2010.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de direito do trabalho**. 6^a. ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2^a ed. São Paulo: LTr, 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de direito do trabalho**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Direito internacional do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **Direito constitucional do trabalho**. 4^a ed. São Paulo: LTr, 2010.

VALE, Silvia Teixeira do. **Curso de direito constitucional do trabalho**. São Paulo: LTr, 2021.