

# INOVAÇÕES E TRABALHO

---

## O direito do trabalho em tempos de mudança

Leandro do Amaral D. de Dorneles  
Luciane Cardoso Barzotto  
(Organizadores)

© dos autores  
1ª edição: 2020

Direitos reservados desta edição:  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Capa: Paginaria  
Revisão: Carlos Batanoli Hallberg  
Editoração eletrônica: Paginaria

---

I58 Inovações e trabalho: o direito do trabalho em tempos de mudança [recurso eletrônico] / organizadores Leandro do Amaral D. de Dorneles [e] Luciane Cardoso Barzotto. – Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2020.  
288 p. : pdf

1. Direito. 2. Direito do trabalho. 3. Trabalho – Inovação. 4. Relações trabalhistas. 5. Contrato de trabalho temporário. 6. Negociação coletiva. 7. Reforma trabalhista – 2017. 8. Organização Internacional do Trabalho. 9. Consolidação das Leis do Trabalho. 10. Imigrantes – Contrato de trabalho. 11. Uber – Autonomia – Subordinação – Plataformas digitais. I. Dorneles, Leandro do Amaral D. de. II. Barzotto, Luciane Cardoso.

CDU 331

---

CIP-Brasil. Dados Internacionais de Catalogação na Publicação.  
(Jaqueline Trombin– Bibliotecária responsável CRB10/979)

ISBN 978-65-5725-017-4

# A REFORMA TRABALHISTA DE 2017: NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

---

Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles\*

Recentemente houve a promulgação da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, introduzindo significativas alterações na legislação trabalhista brasileira, em especial, na septuagenária CLT e na Lei n. 6.019/74 (terceirização). Possivelmente estejamos diante da *mais impactante mudança no sistema juslaboral pátrio desde a sua origem*, nos anos 1940. Não obstante o contexto controverso em que se deu a criação, tramitação e aprovação da lei reformadora, o fato é que significativas modificações normativas estão em vigor desde 11 de novembro de 2017, e assim, ao que tudo indica, permanecerão.

As repercussões introduzidas pela reforma são amplas, impactando diretamente a propedêutica juslaboral, o direito individual do trabalho, o direito coletivo do trabalho e o direito processual do trabalho. Podemos visualizar significativas reconfigurações na assimilação normativa da teoria da hipossuficiência, na esquematização principiológica do direito do trabalho e na ordenação das fontes juslaborais, entre outras tantas mudanças. Não se trata, portanto, de uma mera reforma normativa pontual, mas de impactante reformulação do direito do trabalho, ao menos segundo concluímos nesta análise preliminar.

Este texto tece algumas reflexões sobre os juízos de necessidade, adequação e proporcionalidade em relação a um dos aspectos de maior repercussão da reforma trabalhista, qual seja, a possibilidade de a nego-

---

\* Especialista em direito do trabalho (Univali). Mestre e doutor em Direito (UFSC). Professor de direito do trabalho (UFRGS). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (UFRGS). Membro da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT).

ciação coletiva suplantar direitos legalmente previstos, algo que até então era tradicionalmente vedado em nosso sistema, ao menos como regra. Trata-se de uma abordagem, portanto, à luz dos direitos fundamentais, que parte da noção de dignidade do trabalhador e da contextualização do direito do trabalho para buscar seu objetivo.

## **Dignidade do trabalhador, política-jurídica juslaboral e crise juslaboral**

O tema deste texto – necessidade, adequação e proporcionalidade da reforma trabalhista – tem por objeto central a ideia de dignidade da pessoa humana. É o ponto de partida, a referência ou parâmetro a partir do qual a proposta ou ideia de reforma trabalhista deveria ser analisada. Afinal, nunca podemos esquecer que o (direito ao) *trabalho* (digno ou decente) está arrolado como um direito fundamental social no artigo 6º da nossa Constituição.

Claro está, ao menos assim nos parece, que o direito do trabalho, já de algum tempo, vive um momento de crise em alguns de seus postulados teóricos fundamentais. *Uma crise teórica*. Gostemos ou não, é sabido que o mundo do trabalho vem sofrendo significativas transformações, que inclusive se acentuam nos tempos mais recentes. Diversos são os fatores que causam essas transformações nas relações de trabalho, grande parte deles sabidos por todos nós. São mudanças culturais, tecnológicas, ideológicas, político-econômicas, produtivas, algumas consideradas positivas, outras, talvez, nem tanto. O fato é que o mundo do trabalho não é blindado a esses fatores que, neste texto, chamaremos de “externos”.<sup>1</sup> A relação de trabalho é uma expressão de relação social e, como tal, revela-se sensível às mutações ocorridas na sociedade.

---

<sup>1</sup> Que atuam, como fatores que alimentam a crise juslaboral, ao lado dos fatores “internos”, quais sejam, inconsistências ou limitações teóricas que, desde a origem, pautaram institutos relevantes do direito do trabalho, tais como o conceito de subordinação ou mesmo a caracterização da relação de emprego.

Muitos dos principais alicerces teóricos do direito do trabalho foram concebidos em outro contexto – na passagem do século XIX para o século XX, marcadamente. Agora façamos um exercício de imaginação: pensemos em como era a realidade social nesse período de formação juslaboral comparemo-la com os dias atuais. Neste exercício, facilmente percebemos que a dinâmica sócio-político-econômica se transformou muito nesse período, e isso é ainda mais acentuado quando focamos exclusivamente a experiência brasileira.

Esse é o ponto central da questão. *O direito do trabalho foi arquitetado para responder a determinadas demandas que eram legítimas, correntes, expressivas no início do século passado.* E o fez bem; mas, na medida em que o mundo do trabalho foi se transformando, novas demandas foram se formando e se legitimando, e grande parte delas vai se ressentindo de uma resposta adequada por parte do direito laboral. Esse déficit entre demanda/resposta é *a razão* da crise. O excesso de descumprimento espontâneo da legislação laboral, a intensa procura ao Poder Judiciário, o recorrente questionamento a alguns de seus alicerces (sucessivas propostas de reforma, orientadas pelas mais variadas matrizes ideológicas) são alguns dos *sintomas* mais perceptíveis dessa crise.

Aqui é possível fazer uma ressalva importante, antes de prosseguir o texto. A crise não força necessariamente uma completa reconstrução ou subversão do direito do trabalho “clássico”. O atual mundo do trabalho caracteriza-se pela coexistência de antigas e novas demandas: mantêm a figura da relação de emprego típica e uma essência de hipossuficiência ou de vulnerabilidade do trabalhador, mas também expõe o surgimento de outros modelos relacionais com diversificados padrões de vulnerabilidade; ou seja, adquire complexidade. Por isso, um direito do trabalho ideal precisa de *novas respostas ao lado das velhas respostas*. Em suma, *a crise há de ser superada pelo aperfeiçoamento do instrumental juslaboral, e não pela sua subversão*. Esse, ao menos, é um dos pressupostos que embasa este texto.

Crises exigem reflexões, redefinições, reconstruções. Em momentos como estes, os clássicos devem ser revisitados, relidos, rediscutidos e servir de guia, mesmo que um guia inicial (ou seja, não um guia exclusivo

ou definitivo), para as reformulações teóricas necessárias. Primeiro, porque foi a partir dos clássicos que esse direito do trabalho “clássico”, que atualmente está em crise e que deve ser revisitado, foi arquitetado. Ou seja, os clássicos são fundamentais para entendermos “o porquê”, a razão das coisas. E segundo, porque uma das principais propriedades de um “clássico” é o seu caráter atemporal: mesmo com a passagem do tempo, alguns (ou muitos) de seus postulados teóricos permanecem adequados ao contexto atual.

Começemos lembrando Mario de La Cueva, que enfatiza em seus textos um lado acentuadamente humanista do direito do trabalho. O autor mexicano conceitua o direito do trabalho como “[...] o conjunto de normas que tendem a realizar o direito natural do homem a conduzir-se para uma *existência harmônica com a dignidade da pessoa humana*” (La Cueva, 1954, p. 475-476, tradução e grifo nosso). Complementa afirmando que:

O direito do trabalho não deve admitir a tese de que o trabalho humano seja uma mercadoria e tão pouco pode aceitar que se o trate como as coisas que estão no patrimônio dos homens, nem é possível conceber a relação jurídica de trabalho como uma simples troca de prestações e ao direito do trabalho como a norma que busca o equilíbrio destas prestações; o direito do trabalho contempla não o câmbio de prestações e sim a pessoa humana e o que busca é dar-lhe uma existência em harmonia com os valores de que é portador o ser humano (La Cueva, 1954, p. 477, tradução nossa).

Em síntese, ainda para o mesmo autor, o direito do trabalho, em sua essência, se fundamenta na:

- a) necessidade social (conjunto de vulnerabilidades que caracteriza o trabalhador; desde a vulnerabilidade hierárquica – a subordinação, tão conhecida e propagada pelo direito do trabalho –, mas também de outras vulnerabilidades que foram esquecidas ao longo da evolução teórica desse ramo jurídico, tais como a econômica, a negocial, a técnica, etc.);

- b) na solidariedade social (identificada na colaboração dos atores sociais, solidariedade essa reconhecida como um bem ou valor juridicamente tutelável);
- c) na natureza humana (percepção de que ao direito não serve apenas para garantir a existência, mas sim a existência *digna*, algo que se realiza – também – por meio do trabalho e deve ser respeitada por todos, não apenas pelo Estado);
- d) em suma, conclui o autor, o direito do trabalho é um ramo jurídico fundado na ideia de *justiça* (La Cueva, 1954, p. 269-270).

Avançando sobre as palavras de La Cueva, podemos dizer que a dignidade da pessoa humana é o fundamento a partir do qual todos os direitos fundamentais – inclusive os sociais – emergem (Molina, 2013, p. 221). Trata-se de um atributo universal aos seres humanos e, portanto, os faz iguais em essência. Sarlet bem define a dignidade humana 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 (Sarlet, 2008, p. 7).

Foi a partir da percepção de que o ser humano trabalhador não se realizava em sua dignidade em meio a relações de trabalho regidas exclusivamente pelos preceitos liberais clássicos que o direito do trabalho nasceu, tendo no princípio da proteção o seu principal elemento de autonomia teórica – seu “princípio fundamentante”, invocando as lições de Palma Ramalho (2005, p. 46-50). Aqui podemos perceber a principal funcionalidade e um limite implícito à essência protetiva: sua razão (funcionalidade), resgatar a dignidade do ser humano que labora, nivelando uma relação que, sob diversos aspectos, é essencialmente desigual; um de seus limites, de maneira simplificada, mas bem didática, não sobrepor a

dignidade do ser que trabalha à dignidade do ser que toma o trabalho. É um direito que busca promover uma igualdade inexistente sem a presença da essência protetiva, e não um direito que visa promover uma desigualdade de outro tipo.

É nesse sentido que, retornando aos clássicos, podemos invocar as lições de Muñoz Ramon, que formula uma “definição político-jurídica” do direito do trabalho. Conforme explica, a política-jurídica é um ramo de conhecimento que se propõe a investigar *qual deve ser o fim almejado* pelo conjunto normativo em apreço (“O que queremos alcançar com o direito do trabalho?”). Em suas reflexões, conclui Muñoz Ramon (1976, p. 10-11) que o direito do trabalho, à luz da política-jurídica, é o ramo do direito que busca o *equilíbrio e a harmonia* das relações obreiro-patronais, promovendo uma (justa) distribuição dos bens oriundos da produção.

A partir desse conceito, podemos extrair algumas premissas, tais como: (a) a de que capital e trabalho unem esforços na produção de riqueza (logo, esse processo somente se aperfeiçoa através da presença de ambos os atores); (b) “obreiros” e “patrões”, portanto, são legítimos agentes de formação da riqueza; (c) apesar do esforço conjunto, uma vez criada, essa riqueza não se distribui espontaneamente de forma equitativa (tende a se concentrar nas mãos do patronato); (d) essa tendência ao desequilíbrio distributivo gera conflitos (e injustiças) sociais, que ameaçam a paz social e, portanto, deve ser esse desequilíbrio juridicamente combatido; e (e) justificam um instrumental normativo visando a uma redistribuição mais harmônica e equitativa dos bens oriundos da produção. Esse instrumental normativo dá forma ao direito do trabalho. Essa é sua missão, que retrata o que podemos entender por justiça social.

Continuando as lições de Muñoz Ramon, os critérios de harmonia e equidade que devem nortear o instrumental normativo de distribuição de bens (ou seja, devem nortear o direito do trabalho, à luz da política-jurídica) não são necessariamente econômicos, ou matemáticos. Não se trata, portanto, de uma ciência exata ou absoluta. Tais critérios de harmonização e equidade da distribuição de bens a ser promovida pelo direito



do trabalho devem ser fixados por meio de determinados princípios,<sup>2</sup> que por sua vez foram fixados levando em consideração determinados postulados, determinados conhecimentos ou fatos revelados pelas ciências que cuidam da sociedade como um todo. E, dentre os postulados a partir dos quais tais princípios devem atuar, dentre as “verdades” (fáticas e científicas) a partir das quais a distribuição harmônica e equitativa há de ser buscada, cita Muñoz Ramon (1976, p. 11-24) o postulado de que a realidade social é “*diversificada e cambiante*”.

O recorte teórico que procuramos muito resumidamente expor até agora dá conta da complexidade do tema que ocupa este texto. “Obreiros” e “patrões” são representantes por excelência do trabalho e do capital, percebidos como classes sociais. O econômico e o social muitas vezes se antagonizam, protagonizam fontes de inúmeros conflitos e demandas, mas forçadamente devem conviver. A harmonização desses interesses não é uma tarefa fácil de equacionar. Ainda mais se aceitarmos a premissa (ou postulado) de Muñoz Ramon de que a realidade é diversificada e cambiante.

Vamos então, na sequência, rapidamente resgatar um pouco da realidade que pautou a construção do direito do trabalho e contrastá-la com os dias atuais. Assim, fica mais fácil entender a razão das constantes proposituras de reformas trabalhistas – e particularmente, da proposta mais atual. Convém destacar que “entender a razão da reforma” não é o mesmo que concordar ou divergir do teor dessa reforma.

## **Contexto de formação do direito do trabalho**

Resgatamos, aqui, sinteticamente, valiosas lições da sociologia que descrevem o contexto de formação do direito do trabalho a partir da metáfora de um grande pacto social, havido no período por alguns denomi-

---

<sup>2</sup> Neste sentido, os princípios pelo autor invocados atuam como “critérios de medida”. Não é o caso de invocar, aqui, todos os princípios e todos os postulados propostos; entretanto, destacamos que o autor faz referência tanto a princípios protetivos de heterointervenção quanto a princípios participativos de atuação por meio das representações coletivas.

nado “capitalismo organizado” (Santos, 1996, p. 75-87; Santos, 1990, p. 194-196; Offe, 1983, p. 29-51). Foi nesse período que se apresentaram as condições sociais, políticas e econômicas necessárias ao surgimento e consolidação do direito do trabalho. O modo de produção taylorista/fordista atingiu o ápice de seu desenvolvimento, baseado na fragmentação, especialização e máxima racionalização das tarefas no processo produtivo. Com ele, houve um incremento até então sem precedentes do ritmo da produção: os custos produtivos caíram, os lucros aumentaram; com a queda dos custos produtivos, os preços dos produtos diminuíram e, com isso, o mercado consumidor se expandiu. Com a ampliação do consumo a demanda por produtos aumentou e também a necessidade de mais trabalhadores na produção. Assim sucessivamente, em harmonia com uma premissa científica corrente no período, de que o progresso seguiria um ritmo linear, constante e infinito. Foram essas premissas que sustentaram durante muito tempo (talvez ainda sustentem) a formação do Estado Social e suas promessas de pleno emprego e de constante e progressiva ampliação de direitos trabalhistas.

Nessa metáfora de repactuação social, cumpriria aos trabalhadores o abandono – mesmo que estratégica e temporariamente – de ideais subversivos do sistema capitalista (anarquismo, socialismo, comunismo). Em troca, ganhariam maior inserção no sistema, sendo papel do patronato (seu “dever” nesse pacto) o reconhecimento e a ampliação (a legitimação) de direitos trabalhistas básicos. Ao Estado, outro partícipe do pacto, caberia a administração das relações obreiro-patronais (impondo, fiscalizando e estimulando a ampliação de direitos trabalhistas), bem como o fomento e gerenciamento do capital social (recursos financiadores de políticas públicas de distribuição de renda e assistência social). Um pacto de harmonização, ou segundo Offe (1983, p. 41-42), de “soma zero”: todos se beneficiam e se sacrificam em relativa equivalência. Daí resulta o direito do trabalho como uma “cláusula básica da contratualidade reformadora do capitalismo”, como já expressou o jurista Genro (1998, p. 38).

A partir dos anos 1970, todo o cenário social, político e econômico que antes sustentava essa perspectiva compromissória de formação

do Estado Social e do direito do trabalho vai se alterando. Foram várias transformações, algumas podendo ser citadas:

- a) crise do modelo produtivo fordista “rígido” (compatível com um modelo de contratação estável) e superveniência nos modelos de produção “flexíveis” (exigindo contratos igualmente flexíveis);
- b) a percepção de que o progresso humano – assim como a evolução capitalista – não é estável, linear, necessariamente constante;
- c) a inconformidade ao custo tributário gerado pelo Estado Social para fomentar e gerenciar o “capital social”<sup>3</sup> (Santos, 1990, p. 195);
- d) a diversificação e complexificação da realidade social, a formação de novos movimentos, grupos (e demandas) sociais e o conseqüente ou correlato enfraquecimento político do sindicalismo como movimento social, ou do Trabalho como ator ou classe social.

Tais fatores, por si só, abalam significativamente a instrumentalidade do direito do trabalho “clássico”, que por sua vez se baseia:

- a) na ideia de que o trabalhador é um ator social homogêneo;
- b) na ideia de que a sua relação jurídica de base – a relação de emprego – tem sua característica principal (a subordinação) presente de forma clara e universal;
- c) na ideia de que o trabalhador é uma classe homogênea, com demandas homogêneas e, conseqüentemente, que as respostas dadas pelo instrumental protetivo podem ser únicas, gerais e abstratas;
- d) enfim, na ideia de que a estipulação de direitos mínimos (que representam custos ao setor produtivo custos) e sua gradativa ampliação seriam facilmente assimiláveis pela promessa de constante e infinito crescimento da riqueza gerada pelo capitalismo.

A questão, portanto, que surge, está em como compatibilizar a essência protetiva do direito do trabalho, o seu verdadeiro “DNA”, com

---

<sup>3</sup> Em síntese, os recursos que fomentam políticas sociais de transferência de renda (seguridade social, educação, etc.).

um cenário social, político, econômico e produtivo completamente novo, distinto do de sua formação. Essas são algumas das razões da crise do direito do trabalho; essas são algumas razões para as sucessivas tentativas de reformas do direito do trabalho. A isso se agrega, nos tempos recentes, um elemento novo, qual seja, a atual crise política e econômica brasileira.

## **A recente reforma trabalhista sob a ótica dos direitos fundamentais**

Recentemente houve no Brasil uma reforma da legislação trabalhista, protagonizada pela Lei n. 13.467/2017, entre outros dispositivos normativos. Inúmeras foram as alterações promovidas, algumas mais impactantes, outras nem tanto. Na essência da reforma, tentando traduzi-la a partir de uma análise principiológica, em breve síntese, podemos perceber que o legislador reformista propôs um estreitamento (ou conformação) dos princípios fundamentais da proteção e da promoção da melhoria da condição social do trabalhador. Essa rarefação protetiva revela-se, pelo menos, em quatro aspectos: (a) na ampla mitigação do princípio da norma mais favorável;<sup>4</sup> (b) no reequacionamento, pela via da pré-ponderação, da interação até então existente entre os princípios

---

<sup>4</sup> A inclusão do artigo 611-A na CLT subverteu a máxima, até então corrente, de que a negociação coletiva deveria ser balizada minimamente pelos direitos legalmente estabelecidos. Na verdade, essa subversão a que nos referimos não é plena, mas, ao menos, ocorre em relação às matérias arroladas no artigo recém-citado, que são numerosas e bastante impactantes na dinâmica contratual. Observamos, assim, a subversão da premissa clássica de que os direitos legais constituíam, salvo (poucas) exceções, um padrão mínimo de condições a ser observado, passíveis (apenas) de majoração. Com a reforma, os temas elencados no artigo 611-A da CLT podem ser mantidos em sua regulamentação legal *standard*, ampliados *ou reduzidos*, conforme a vontade convergente das representações coletivas. Além disso, eventuais antinomias entre acordos e convenções coletivos passam a ser regidas pelo princípio geral hermenêutico da *especialidade*, e não mais pelo princípio da norma mais favorável. É o que reza a nova redação a ser dada ao artigo 620 da CLT: “As condições estabelecidas em *acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão* sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho” (grifamos). Sendo assim, é possível visualizar na reforma proposta uma significativa compactação da incidência do princípio da norma mais favorável em nosso sistema.

da irrenunciabilidade (agora estreitado) e da autodeterminação das vontades coletivas (agora ampliado);<sup>5</sup> (c) na desvinculação que antes havia entre promoção da melhoria da condição social (princípio fundamental) e autodeterminação da vontade coletiva (princípio derivado);<sup>6</sup> (d) na receptividade dada pelo novo sistema proposto à autonomia individual (e coletiva) como instrumento regente de diversos aspectos da relação de trabalho.<sup>7</sup> São todas conformações que moldam o modelo,

---

<sup>5</sup> O artigo 611-A da CLT introduziu um extenso rol de direitos passíveis de conformação (inclusive redutora) pela via da negociação coletiva. Mais do que isso, *sugere* que esse rol de matérias é *meramente exemplificativo* (“entre outros”), abrindo possibilidade para que a disponibilidade negocial coletiva alcance outros temas, desde que observado o limite estabelecido pelo artigo 611-B da CLT. Antes da reforma proposta, essa possibilidade adaptativa limitava-se a uma tímida lista de temas, tais como redução salarial e majorações de jornada, todos expressamente previstos na Constituição, legislação, ou consagrados pela jurisprudência. Com isso, o legislador reformista pré-pondera a interação entre os princípios da irrenunciabilidade e da autodeterminação coletiva, redimensionando a lista de matérias em que haverá de prevalecer um ou outro, agora, privilegiando o segundo.

<sup>6</sup> Manifestamente, a negociação coletiva, tradicionalmente um importante mecanismo de ampliação de direitos, assume com a reforma de 2017 uma vocação marcadamente *adaptativa*, em boa parte desvinculada de um lastro legal mínimo, ressalvadas as matérias indicadas no artigo 611-B da CLT (taxativas, conforme sua literalidade). Com isso, ao que tudo indica, está o legislador reformista enfatizando, ou até mesmo hiperdimensionando, um papel que Delgado (2011, p. 1256), por exemplo, estabelecia ao que denomina *princípio da adequação setorial negociada*, segundo o qual “as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalhistas desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados”. Percebemos, entretanto, um significativo estreitamento nos limites substantivos (“critérios objetivamente fixados”) impostos à autonomia coletiva privada. Por um lado, o legislador arrola *taxativamente* no artigo 611-B (“exclusivamente”) quais são os direitos mínimos que balizam a negociação coletiva e, por conseguinte, delega expressa ou *tacitamente* ampla disponibilidade negocial (para reduzir, preservar ou ampliar) à autonomia coletiva privada relativamente a todos os temas não arrolados neste dispositivo. Na medida em que o princípio da promoção da melhoria da condição social perde um de seus principais mecanismos de efetivação – a negociação coletiva amplamente balizada por direitos mínimos – acaba por observar, com a reforma, uma expressiva redução em suas dimensões, talvez até mesmo em seu *status* de princípio fundamental do direito do trabalho.

<sup>7</sup> A alteração promovida pela Lei n. 13.467/2017 é pródiga nesse sentido: banco de horas com compensação em até seis meses (artigo 59, § 5º, da CLT); estipulação de jornadas “12x36” no setor da saúde (artigo 59-A, § 2º, da CLT); alteração entre regime

agora implementado, sendo que neste artigo vamos focar o aspecto que se convencionou chamar, em síntese, de “prevalência do negociado sobre o legislado”.

Esse conjunto de transformações extremamente impactantes ao direito laboral pátrio, contudo, revela-se bastante controverso quando se o analisa à luz de princípios constitucionais de defesa aos direitos fundamentais como o da vedação do retrocesso social. Por força da abertura que os parágrafos do artigo 5º da Constituição nos fornecem, os dispositivos que tratam de direitos sociais fundamentais estão blindados contra revogações ou reduções, sendo essa a essência do princípio do retrocesso social. Sem falar na própria parte final do *caput* do artigo 7º da Constituição, que ao referir que os direitos trabalhistas ali previstos visam “a melhoria da condição social do trabalhador”, consagrando claramente a ideia de que a evolução nessa seara deve ser ampliativa de direitos, não regressiva. Essa predisposição ampliativa, supostamente, alcança não apenas os dispositivos expressos em seu texto constitucional, mas também aqueles de caráter infraconstitucional – regras internacionais internalizadas e legais – que complementam, regulamentam, viabilizam, ou seja, dão sentido e efetividade ao comando constitucional.

Nem é preciso invocar a teoria constitucional para argumentar em favor dessa tese no âmbito trabalhista. Retornando aos clássicos do direito do trabalho, sempre foi recorrente a defesa de uma propriedade expansiva inerente ao princípio da proteção, esse reconhecidamente o princípio maior do direito do trabalho. La Cueva (1954, p. 439), já citado, fazia re-

---

presencial e de teletrabalho e disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção e fornecimento dos equipamentos e estrutura necessários ao trabalho remoto (artigo 75-C, § 1º, e 75-D, da CLT); fracionamento de férias (artigo 134, § 1º, da CLT); definição dos horários de concessão de intervalos para amamentação (artigo 396, § 2º, da CLT), entre outros. Além disso, para aqueles considerados “hipoempregados” ou hipovulneráveis, resguarda-se também autonomia negocial para pactuação de cláusula compromissória de arbitragem (artigo 507-A da CLT), algo que até então não era majoritariamente admitido, conforme já referido. Também inova o legislador reformista ao prever um amplo rol de matérias (artigo 611-A da CLT) passíveis à conformação pela via da autonomia privada individual (artigo 444, parágrafo único, da CLT), reiterando que, a nosso ver, tal hipótese peca por inconstitucionalidade.

ferência à “tendência de expansão do direito do trabalho”. Devali (1953, p. 27-31) fazia referência à “força expansiva” do direito do trabalho. Gomes e Gottschalk (1975, p. 62-64) falavam em “caráter expansionista do direito do trabalho”. Contemporaneamente, Palma Ramalho (2005, p. 48-50) faz referência a uma atuação sistemática do princípio protetivo nos planos horizontal (ampliação de objeto) e vertical (ampliação de direitos).

Retornando ao plano constitucional, convém também destacar que não apenas os direitos fundamentais estão protegidos pelo princípio da vedação do retrocesso, mas também que os modelos contemporâneos de Estado de Direito devem atuar em respeito a princípios como o da segurança jurídica, protegendo os direitos e as expectativas geradas pelos direitos sociais fundamentais contra violações cometidas por agentes públicos ou privados. Nesse sentido, Sarlet (2008, p. 6) expõe que “também no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental, em sentido formal e material”. Aduz que em períodos de instabilidade institucional, econômica e social as propostas reformistas se proliferam, sempre acompanhada de “elevados níveis de insegurança”, o que dota de maior importância e destaque à segurança jurídica como princípio e direito fundamental interligado à própria noção de dignidade da pessoa humana. Em suas palavras, “[...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica, social, econômica e política, que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas” (Sarlet, 2008, p. 7). E continua, afirmando que “[...] a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos [...] em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível com uma visão de dignidade” (Sarlet, 2008, p. 7).

Destaca também o professor Sarlet (2008, p. 21-25) que a ideia de segurança jurídica se conjuga com a de proteção à confiança, protegendo-

do direitos fundamentais não apenas contra medidas ou atos retroativos, mas também retrocessivos, ou seja, que não atinjam direitos adquiridos propriamente ditos, mas direitos sociais previstos legal ou constitucionalmente com efeitos prospectivos. Vedação do retrocesso e segurança jurídica, portanto, são princípios que, no tema objeto deste texto, se conjugam e complementam.

Há de se dizer que, para Sarlet, consideradas certas circunstâncias, alterações legislativas nos direitos sociais, mesmo quando promovidas no âmbito legal (infraconstitucional) e com efeitos meramente prospectivos (de futuro) podem sim violar princípios protetivos como o da vedação do retrocesso e da segurança jurídica, e, nesse sentido, serem questionadas em sua legitimidade e validade jurídicas. Entretanto, obtempera que a questão se complexifica diante da crise geral pela qual os Estados Sociais há muito atravessam e diante da necessidade permanente de adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade socioeconômica dinâmica. Nas suas palavras:

Se por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos – continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado (Sarlet, 2008, p. 14).

Assim, assimilando a máxima atualmente corrente de que nenhum princípio ou direito é absoluto, Sarlet visualiza um “caráter necessariamente relativo da proibição do retrocesso” (Sarlet, 2008, p. 25). Enquanto princípio de defesa dos direitos fundamentais (inclusive sociais) e da dignidade, implicitamente reconhecido em nossa Constituição, o princípio da vedação do retrocesso consagra alguns limites básicos à atuação do legislador, qual sejam, (1) a vedação (absoluta) de *abolição* dos direitos sociais já concretizados; (2) a possibilidade *apenas excepcional* de eventuais conformações (reduções) dos direitos sociais, sempre de forma a preservar o seu “núcleo essencial” e preferencialmente de maneira não abrupta (segurança jurídica, proteção à confiança), especialmente em relação àquelas



peças que se encontram em uma situação jurídica intermediária (observância a medidas especiais de transição). Com relação a esse segundo limite, que permite certas conformações de direitos sociais, a análise há de ser tópica, casuística, em consideração a outros eventuais princípios e valores em confronto e por via de procedimentos metodológicos ponderativos.

Nessa seara, convém recordar, com a brevidade permitida, as lições de Ávila (2012, p. 183), para quem, nessas situações de tensão, há de se verificar, em primeiro lugar, a pertinência ou legitimidade do fim visado pela alteração proposta, para que, na sequência sejam estabelecidos juízos ponderativos de (1) *adequação* (“o meio utilizado é adequado para promover o fim visado?”); (2) de *necessidade* (“dentre os meios disponíveis, razoáveis e igualmente adequados para promover o fim visado, aquele escolhido é o menos restritivo ao direito fundamental atingido?”); e (3) de *proporcionalidade em sentido estrito* (“as vantagens decorrentes da consecução do fim almejado superam as desvantagens provocadas pelo meio adotado?”).

Para esse exercício ponderativo, a título de raciocínio argumentativo, devemos partir da premissa (também controversa) de que a crise enfrentada pelo Estado brasileiro é real, significativa, com a proporção propagada pelos órgãos e agentes oficiais e, portanto, cujo saneamento demanda medidas igualmente drásticas e urgentes. Por si só essa já é uma premissa por muitos contestada, mas é muito difícil estabelecer um juízo a respeito. Afinal, ainda com pertinência ao princípio da segurança, é notório que no Brasil enfrentamos grandes problemas quando o tema é acesso à informação.

Entretanto, mesmo que partamos da premissa de que a crise brasileira realmente tem a real dimensão oficialmente propagada, outra questão surge. O combate à (suposta) tamanha crise inicia-se com medidas substanciais. Uma crise de significativas proporções não se combate com medidas periféricas, que, embora imponham sacrifícios à sociedade, não são suficientes para fazer frente às ameaças implementadas pela crise. Nesse sentido, podemos nos perguntar, será realmente que uma refor-

ma trabalhista impactante como a realizada em 2017 deveria ter sido impulsionada de forma tão emergencial (procedimento de aprovação extremamente célere e sem um amplo debate social) como meio eficiente e suficiente para fazer frente à crise? Em outras palavras, será realmente que a crise brasileira tem no sistema de regulação das relações de trabalho uma de suas principais causas? Aqui, ousamos emitir um juízo pessoal, respeitando opiniões divergentes, para refutar responder negativamente a essa questão.

Reconhecemos que a legislação trabalhista brasileira precisava ser repensada em diversos aspectos. No início deste texto, inclusive, fizemos referência a uma crise teórica do direito do trabalho e à necessidade de que o direito do trabalho fosse reformulado, reconstruído em alguns de seus alicerces teóricos e postulados normativos. Entretanto, particularmente não conseguimos estabelecer uma conexão direta entre a crise institucional, econômica e política brasileira e o nosso direito do trabalho. *Logo, o combate à crise não deveria iniciar pelo direito do trabalho, mas pelas causas que atuam mais fortemente na geração da crise.* Não negamos, portanto, a necessidade de uma reforma, mas sim, questionamos a emergencialidade (e todos os problemas inerentes a isso) com que a mesma foi proposta. A crise brasileira existe, mas não tem nas relações de trabalho sua principal causa, o que retira a pertinência da reforma levada a cabo em 2017. Se esse raciocínio está correto, aqui já atuariam os princípios da vedação do retrocesso e da segurança jurídica como barreiras à legitimidade da reforma em tramitação.

Além disso, convém destacar que a suposta “rigidez” da legislação trabalhista brasileira, por alguns prolatada, que representaria um entrave à competitividade e a um maior desenvolvimento do setor produtivo, na verdade, compõe uma argumentação falaciosa, mesmo que parcialmente, em sua origem. O direito do trabalho brasileiro já apresentava, antes da reforma, uma série de instrumentos conformadores de direitos para fazer frente a situações de crise. Eram mecanismos que eventualmente permitiam atenuar sua essência protetiva em prol de uma razão ou necessidade econômica (empresarial) imperiosa. Eram instrumentos de utiliza-

ção excepcional, mas ainda sim, permanentemente disponibilizados aos atores laborais e produtivos para fazer frente às necessidades da produção. Enfim, mecanismos de conformação excepcional da essência protetiva juslaboral. Aqui poderíamos citar a própria negociação coletiva, que admitia situações pontuais de redução ou conformação de direitos (como redução de salários e “banco de horas”); regimes especiais de contratação a prazo determinado ou a tempo parcial; a suspensão contratual prevista no artigo 476-A da CLT; e a própria fragilidade histórica do sistema de proteção a despedidas, que já consagrava uma ampla liberdade resilitória às empresas.

Mas avancemos. Vamos supor que esse juízo recém-exposto é equivocado, que uma das principais causas da crise brasileira fosse o sistema regulatório das relações de trabalho no Brasil e que os mecanismos de conformação (flexibilização) que essa mesma legislação já previa eram insuficientes para fazer frente ao contexto de crise. Façamos um juízo ponderativo à reforma, iniciando pela verificação da necessidade.

*Dentre os meios disponíveis, razoáveis e igualmente adequados para promover a necessária (supostamente) reforma trabalhista e modernização das relações de trabalho, esse meio escolhido pelo legislador (“prevalência do negociado sobre o legislado”) foi o menos restritivo aos direitos fundamentais trabalhistas?* Nesse ponto, controversas à parte, é possível responder afirmativamente (assim como negativamente). Em tese, a ampliação do espaço para negociação coletiva não atinge, necessariamente, direitos sociais em seu núcleo essencial, não revoga os direitos fundamentais previstos na CLT, apenas permite que os mesmos sejam conformados diante de eventual negociação coletiva. O direito coletivo do trabalho é um dos pilares estruturais do direito do trabalho, uma de suas principais subdivisões, e tradicionalmente, em razão, principalmente, de uma relação historicamente paternalista do Estado brasileiro com a sociedade civil, foi negligenciado, distorcido em sua potencialidade, no direito do trabalho brasileiro. Em situações ideais, a valorização da negociação coletiva é uma decorrência natural do Estado Democrático de Direito, na medida em

que promove a participação efetiva dos atores sociais na construção e instrumentalização de seus direitos.

Trata-se a negociação coletiva de um relevante instituto de direito do trabalho, que tem a potencialidade de instrumentalizar (de forma não exclusiva) os princípios da proteção e promoção da melhoria da condição social do trabalhador, especialmente naqueles aspectos em que o Estado se mostra incapaz ou insuficiente em fazê-lo. A valorização da negociação coletiva, da participação direta e da concertação social são manifestamente tendências universais do direito do trabalho, inclusive retratados (mesmo que timidamente) nos dispositivos constitucionais que dão forma ao que se deva considerar “trabalho decente” no Brasil.<sup>8</sup> Ou seja, em tempos de crise e de necessária adequação da regulação das relações de trabalho – lembrando que estamos partindo da premissa de que essa crise é real – nada melhor do que buscar a promoção dessa adequação por meio da valorização de um instituto já consagrado e reconhecido pelo próprio direito do trabalho. *Mas não nos termos propostos*, e aqui podemos partir para o juízo ponderativo de indagação acerca da *adequação* do projeto de reforma da CLT.

*A reforma trabalhista implantada, em relação à prevalência do negociado sobre o legislado, é um meio adequado para promover o estímulo à negociação coletiva e a modernização das relações de trabalho, à luz do direito do trabalho e de seus propósitos protetivos e promocionais da melhoria da condição social do trabalhador?* Aqui, tendemos a responder negativamente. Afinal, é notória a crise de legitimidade que as representações sindicais brasileiras, genericamente falando (há, por óbvio, exceções), enfrentam desde a sua origem. Confessamos ter dúvidas sobre se o modelo de máxima liberdade recomendado pela OIT em seus documentos, em especial a Convenção (fundamental) 87 seria suficiente para suplantar essa crise histórica de legitimidade sindical, caso aplicado no Brasil. Mas, em que pese nossa reticência a essa questão, reconhecemos que se trata de *um parâmetro normativo inicial de legitimidade* e, nesse sentido, o modelo

---

<sup>8</sup> Vide, por exemplo, artigo 7º, inciso XXVI e seu “reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos”.

sindical brasileiro em muitos aspectos distancia-se significativamente do modelo defendido pela OIT. Em suma, seja qual for o modelo de representação sindical a ser adotado no Brasil, uma coisa parece-nos certa: *uma reforma desse modelo sindical necessariamente deveria preceder qualquer medida de estímulo ou valorização maior da negociação coletiva*. E não foi isso que ocorreu.

Além disso, deve ser referido que historicamente no Brasil a negociação coletiva é um instituto extremamente carente de normas que estimulem a sua real valorização e otimização, situação não alterada pela reforma implementada em 2017. Aqui fazemos referência ao princípio da boa-fé, que, a rigor, enquanto princípio geral de direito regente das relações privadas (particularmente), já deveria ter sido consagrado como principal regente das negociações coletivas, independente de previsão legal expressa nesse sentido.

Como já deve ter sido percebido, estamos aqui invocando a noção de boa-fé objetiva que, ao consagrar obrigações anexas gerais ou *standards* de conduta a serem necessariamente observados por qualquer sujeito em suas relações jurídicas, tende a evidenciar, conforme expõe Uriarte (2011, p. 153-154), o estímulo a comportamentos baseados na confiança, na correção e na cooperação das partes. Ou ainda, parafraseando Simon e Ambesi (2010, p. 288), posturas de esforço sincero que visam à otimização do negócio jurídico em apreço.

Dentre tais posturas ou obrigações anexas naturalmente decorrentes da negociação coletiva, está o próprio dever da parte de não se recusar à negociação coletiva quando regularmente convocado, fazendo-o por meio de legítima representação; o dever de justificar os pleitos ofertados no processo negocial, que devem ser oportunos (celeridade nas propostas e contrapropostas), razoáveis ou plausíveis, bem como legítimos (ou seja, respeitando os reais anseios da base representada); o dever de informar e de manter sigilo sobre as informações repassadas nessas condições, pois, nas palavras de Ojeda Avilés (2014, p. 431), um fluxo informacional sem ruídos em um processo negocial é um instrumento capaz de desarticlar psicologicamente um conflito. Enfim, obrigações que não impõem às

partes uma obrigação de convergência ou de contratação, mas que visam o aprimoramento do processo negocial, tornando-o mais leal e legítimo e, nesses termos, supostamente com maiores chances para que o fim a que se propõe seja atingido (qual seja, a composição do conflito e a concertação normativa coletiva). A reforma de 2017, entretanto, passou ao largo dessas importantes questões.

Por fim, chegaríamos ao juízo de *proporcionalidade em sentido estrito*, verificando se as vantagens eventualmente obtidas com a implementação da atual proposta de reforma superariam as eventuais desvantagens por ela mesma criadas. Aqui, caso sigamos o raciocínio até então desenvolvido, seja pela *questionável pertinência* da atual proposta de reforma, seja pela sua *inadequação aos fins* a que propõe consolidar, a resposta tenderá a ser negativa.

## Considerações finais

Já encaminhando este texto à sua conclusão, novamente resgatamos um clássico do direito do trabalho, Deveali, que em sua obra propôs a criação de uma “ciência da legislação laboral”. Para o autor, a ciência da legislação laboral seria uma importante ferramenta ao direito do trabalho na medida em que se proporia à estipulação de postulados gerais ou princípios que pudessem guiar a ação do Estado na criação normativa em matéria social, objetivando “um máximo de benefícios com um mínimo de sacrifícios” (Deveali, 1953, p. 98). Em outras palavras, diretrizes otimizadoras que deveriam guiar a política jurídica social (e conseqüentemente juslaboral).

Dentre os princípios ou diretrizes propostas pelo Deveali, destacamos aqui, pela pertinência ao tema deste texto, *o princípio da progressão racional*. Segundo esse princípio, as demandas sociais são infinitas, mas não necessariamente se apresentam com o mesmo grau de urgência. Considerando que os recursos e possibilidades do legislador social são invariavelmente escassos, surge o postulado segundo o qual na realização de qualquer programa de legislação social deve ser dada preferência ao que é realmente necessário em detrimento ao que é apenas útil; além disso, nos casos de alterações que se condicionam reciprocamente, há de ser dada preferência à

alteração que for mais elementar (Deveali, 1953, p. 111-112). Em que pese essa diretriz ter sido proposta nos anos 50 do século passado, não há como se deixar de ser percebida a pertinência ao tema que estamos enfrentando: uma proposta que amplia o espaço para um alto grau de sacrifícios a direitos sociais para fazer frente a uma crise que, mesmo aparentando gravidade, não tem nas relações de trabalho uma de suas causas substanciais, sendo, portanto, questionável quanto ao momento de sua propositura. Além disso, mesmo que se discorde dessa conclusão, que se entenda necessária uma reforma imediata da legislação laboral, parece-nos inegável que a ampliação do espaço negocial não deveria preceder uma reforma na organização sindical, nem ser desvinculada de uma normatização otimizadora do processo negocial, baseada no princípio da boa-fé.

Em suma, para Deveali (1953, p. 127-129), o legislador social deve, antes de mais nada, mensurar a proporcionalidade entre benefícios e sacrifícios oriundos de suas ações legiferantes. Também segundo o autor (valendo-se de uma sutileza ímpar) deve o legislador social promover a *sinceridade das leis laborais*, evitando a criação de normas que prometem algo que manifestamente não tem condições de cumprir (Deveali, 1953, p. 138). Seria, nesse sentido, esta reforma de 2017 uma lei insincera? Finalizemos com esta reflexão.

## Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CÉSAR SIMON, Julio J.; AMBESI, Leonardo. Las obligaciones de negociar y de buena fe en la negociación colectiva. *In*: FERNANDEZ MADRID, Juan Carlos (dir.). *Derecho del trabajo: doctrinas esenciales*. Buenos Aires: La Ley, 2010

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10 ed. São Paulo: LTr, 2011.

DEVEALI, Mario L. *Lineamentos de derecho del trabajo*. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1953.

GENRO, Tarso. Um futuro por armar. *Revista Democracia & Mundo do Trabalho*, Porto Alegre, n. 2, p. 38-63, nov. 1998.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 1.

LA CUEVA, Mario de. *Derecho mexicano del trabajo*. 4. ed. México: Editorial Porrúa, 1954, tomo I.

MOLINA, André Araújo. *Teoria dos princípios trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2013.

MUÑOZ RAMON, Roberto. *Derecho del trabajo: teoría fundamental*. México: Editorial Porrúa, 1976.

OFFE, Claus. A democracia partidária competitiva e o *Welfare State* keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 26, n. 01, p. 29-51, 1983.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Compendio de derecho sindical*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 2014.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. *O Estado e Sociedade em Portugal (1974-1988)*. Porto: Afrontamento, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 15, set./out. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/ingo-wolfgang-sarlet/proibicao-de-retrocesso-dignidade-da-pessoa-humana-e-direitos-sociais-manifestacao-de-um-constitucionalismo-dirigente-possivel>. Acesso em: 12 mar. 2017.

IRURETA URIARTE, Pedro. Vigencia del principio de la buena fe en el derecho del trabajo chileno. *Revista Ius et praxis*, ano 17, n. 2, p. 133-188, 2011.