

A PRIORIDADE APLICATIVA DO ACORDO COLETIVO DE EMPRESA NO DIREITO DO TRABALHO

THE ENFORCEABILITY PRIORITY OF THE CORPORATE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT IN LABOR LAW

Douglas Alencar Rodrigues*
Túlio de Oliveira Massoni**

RESUMO: O presente artigo debate as recentes transformações da negociação coletiva de trabalho, mostrando a sua crescente importância frente à lei, mas, sobretudo, a preferência do nível de negociação coletiva de empresas no sistema geral de negociação coletiva de trabalho em relação a níveis de negociação mais gerais e superiores. Foram estudados os ordenamentos jurídicos da Itália e da Espanha os quais, ao fim, foram comparados com a Reforma Trabalhista Brasileira do ano de 2017.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo Coletivo de Trabalho de Empresa. Negociação Coletiva. Níveis de Contratação Coletiva.

ABSTRACT: *This article discusses the recent changes in the labor collective bargaining, showing its increasing importance before the law, but above all, the preference for the corporate collective bargaining level within the general system of labor collective bargaining in regard to broader and higher levels of bargaining. The legal systems of Italy and Spain were also studied and eventually compared with the Brazilian Labor Reform of 2017.*

KEYWORDS: *Corporate Collective Bargaining Agreement. Collective Bargaining. Levels of Collective Bargaining.*

* *Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC); especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB); professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro de Ensino Superior de Brasília – IESB; presidente da Academia Brasiliense de Direito do Trabalho – ABRADT; vice-presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho; autor do livro “Direitos Fundamentais Sociais e Efetividade – As ações Civis Públicas na Justiça do Trabalho” (LTr, 2017) e de artigos em revistas especializadas.*

** *Doutor em Direito do Trabalho pela USP; especialista em Direito Sindical pela Universidade de Modena, Itália; bacharel em Ciências Sociais pela USP; advogado; professor concursado da UNIFESP; professor convidado da Universidade Tor Vergata (Roma II), da FGV-RJ, da Especialização da PUC-SP, da Universidade Mackenzie e outras; autor do Livro “Representatividade Sindical” (LTr, 2007) e de artigos em revistas especializadas.*

1 – Modelos de regulação do trabalho, Estado e atores sociais

Interpretar e conhecer o direito do trabalho, além de uma aproximação histórica, envolve também o estudo dos atores sociais e da dinâmica das relações que entre si estabelecem (de conflito e de consenso), da mediação estatal por meio de leis reguladoras do trabalho e das formas de solução dos conflitos coletivos. É desta trama social e política, da qual decorre a pluralidade de fontes do direito do trabalho, que se cuidará nesta breve introdução.

Tradicionalmente, se denominou “relações industriais” o conjunto de normas (formais e informais, gerais ou específicas) que regulam o emprego dos trabalhadores (salário, jornada, etc.), assim como os diversos métodos (negociação coletiva, lei, etc.) através dos quais se estabelecem as mencionadas normas e podem ser interpretadas, aplicadas e modificadas; métodos eleitos e aceitos pelos atores (empregadores e suas organizações e as representações de trabalhadores, Estado) nos processos de cooperação e conflituosidade, de convergência ou antagonismo. Tais normas, métodos, atores e processos sofrem mudanças no transcurso do tempo, por meio do qual as relações industriais vão tendo perfis e características próprias na evolução temporal.

Todo sistema de relações industriais, como mostra Oscar Ermida Uriarte, envolve três grupos de atores sociais (ou interlocutores): 1) os trabalhadores e suas organizações; 2) os empregadores e suas organizações; e 3) os organismos estatais relacionados ao trabalho¹. E deste sistema emerge um complexo de normas para governar e reger a comunidade de trabalho, as quais podem assumir uma diversidade de formas nos diferentes sistemas: convênios, estatutos, ordens, decretos, regramentos, laudos, políticas, práticas e costumes. A forma da norma não altera seu caráter essencial: o de definir o *status* dos atores e governar a conduta de todos os atores no lugar e na comunidade de trabalho.

Um aspecto central do sistema tem a ver com as regras que regulam a relação conflitual ou negocial entre os atores sociais. E esta regulamentação do sistema pode ser de dois tipos. Assim como a relação entre as partes pode ser negocial ou conflitiva, a regulação dessas relações pode ser estatal (através da lei) ou pode ser autônoma, caso em que não é o Estado que regula, mas as próprias partes por meio da negociação coletiva e outros institutos. Aqui surgem variáveis importantes com vistas a definir e classificar certo sistema de relações industriais de trabalho, já que ele pode ser regulado autônoma ou heteronomamente. O que é melhor? Maior grau de intervenção legislativa na

1 A própria composição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) reflete, no plano internacional, esta estrutura de relações entre os atores sociais.

DOCTRINA

regulação do sistema ou menor grau de intervenção legislativa e maior grau de regulação entre as partes? Neste ponto coloca-se o debate intervencionismo X autonomia, regulação estatal X autorregulação das partes².

Sendo o conflito, notadamente o conflito coletivo, o ponto de partida de todo o sistema, é sobre ele (e seus desdobramentos, mediações e técnicas), e em especial sobre a negociação coletiva de trabalho, que se arraiga todo o edifício laboral, dado que os problemas laborais são normais, e não patológicos, em uma sociedade industrializada, na qual o objeto das relações industriais como técnica é a solução do conflito.

O aspecto característico do contrato de trabalho é que o trabalhador encontra-se submetido ao poder do empregador, mas, ao mesmo tempo, o poder deste último é, por sua vez, coordenado com aquele do trabalho sindicalmente organizado. A regulação do trabalho, portanto, resulta da combinação desses processos de subordinação e de coordenação. O conflito entre capital e trabalho é naturalmente imanente em uma sociedade industrial e, por isso, também nas relações de trabalho. Como mostra Otto Khan-Freund, em já clássico estudo, os conflitos de interesses são inevitáveis em toda sociedade. Há regras para a sua composição, mas não podem ser regras para sua eliminação. Devem ser regras aptas a promover a negociação, a promover os acordos e a promover a observância dos mesmos; e devem ser regras destinadas a regular o uso da pressão social e que devam valer para as armas exercitáveis pelas partes em conflito³.

Há modelos autônomos e modelos heterônomos de relação de trabalho na conformidade do espaço maior ou menor que o Estado reserva para suas leis e para a autonomia coletiva dos particulares. Otto Khan-Freund concebe três grandes modelos de regulação do trabalho e que, também, indicam a consequente relação que se estabelece entre lei estatal e contratação coletiva de trabalho.

O primeiro, de tradição da “*Common Law*”, em que o papel da lei na formação das regras é muito menor, é por alguns denominado absenteísmo estatal ou, ainda, “*laissez-faire* coletivo”.

O segundo modelo corresponde ao da “legislação reguladora” (*regulatory legislation*), no qual a legislação estabelece as normas reguladoras do trabalho, atuando de maneira a restringir o poder do empregador e sendo indiferente ao fato de os trabalhadores serem ou não sindicalmente organizados ou em que medida o sejam. Adverte o autor que o desenvolvimento da contratação coletiva

2 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1. p. 7 e 26.

3 KHAN-FREUND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 21.

(determinando tanto a sua amplitude quanto a sua perspectiva) reduziu o sentido de tal legislação reguladora, inclusive em termos de eficácia desta última⁴.

O terceiro modelo, em contraposição ao modelo regulador, é o modelo “auxiliar” de normatização, tendente a estabelecer as “regras do jogo”, em especial por delimitar uma moldura legal (*legal framework*) da contratação coletiva. A lei tem por tarefa definir o processo formativo das próprias regras oriundas das partes coletivas interessadas e de suas imposições (*enforcement*). É o modelo de maior aplicabilidade hoje nos países democráticos, nos quais a legislação e os poderes públicos incentivam e fomentam a negociação coletiva como forma privilegiada de superação de conflitos coletivos⁵. Este modelo “negociado”, explica Amauri Mascaro Nascimento, uma vez que é consentido, conta com maior probabilidade de ser cumprido superiormente ao que é imposto de modo heterônomo⁶.

Nos sistemas autônomos ou autorregulados das relações laborais, como no britânico, no norte-americano e no italiano, a negociação coletiva é uma norma basilar que regula todo o sistema. Existe pouca ou nenhuma lei regulando a estrutura sindical, a negociação coletiva, a greve, os direitos de empresários e de trabalhadores; tudo ou a maior parte disso se regula através da negociação coletiva. A negociação coletiva é, portanto, nos sistemas autônomos de relações industriais, a norma que estrutura a totalidade do sistema, não sendo necessário dizer nada mais para destacar a sua essencialidade. Diferentemente, nos sistemas intervencionistas ou regulamentaristas, e naqueles sistemas em que a regulação do todo do sistema não se confia tanto à autonomia coletiva, a não ser, em menor ou em maior medida, o papel proeminente é confiado ao Estado, que o exerce através da lei. Ainda assim, a negociação coletiva segue sendo um elemento essencial do sistema; não tão essencial como o caso anterior, mas de todo modo importante, porque segue sendo, por mais leis que existam, a forma básica, a forma principal, a forma essencial da relação obreiro-patronal. Em outras palavras, põe-se a negociação coletiva como a alternativa ao conflito, o modo de solucionar o conflito, a forma principal de relação entre o sindicato

4 Amauri Mascaro Nascimento pondera as vantagens e desvantagens deste modelo. Se, de um lado, pode propiciar um nível mínimo ético imperativo e irrenunciável de proteção legal ao trabalhador de modo igualitário como tentativa de evitar a exploração do trabalho pelo capital, por outro lado pode impedir a liberdade e padronizar situações absolutamente diferentes e que exigiriam tratamento diversificado a ponto de obstar que o juiz, cercado que está por um universo de leis, possa fazer justiça no caso concreto (*Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 83).

5 KHAN-FREUND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 30.

6 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 80.

e o empresário, seja o empresário individual, seja a associação sindical de empregadores⁷.

O predomínio do coletivo sobre o contrato individual teve sua gênese no continente Europeu, no qual as forças conservadoras e socialistas deixaram pouca margem aos governos liberais e o protagonismo do Estado deu-se através de uma extensa legislação garantista do trabalhador individual. Talvez, por consequência da crise econômica, a legislação do Estado deixou de fixar mínimos, parecendo haver unanimidade em deixar aperfeiçoar, retocar o edifício. Aflora, com toda evidência, o maior peso das relações coletivas sobre as individuais, não somente pela sua centralidade nas Constituições, ou porque se acumularam as sentenças de cortes constitucionais nos diversos países, senão porque, ademais, as primeiras são a fonte das segundas: os sujeitos coletivos têm característica de fonte de produção e os acordos coletivos, o de fonte de conhecimento das normas que regulam as condições individuais de trabalho; o valor qualitativo sobrepõe-se, assim, à história, e todo o Direito Sindical chega a ser um *a priori*, um *prius*, da relação individual do trabalho⁸.

2 – Direito do trabalho: pluralismo de fontes e autonomia privada coletiva

Uma das grandes marcas do Direito do Trabalho, ao lado do princípio protetor, é precisamente o pluralismo jurídico. O direito do trabalho não está adstrito às leis elaboradas pelo Estado. Há também, simultaneamente com a elaboração das leis, uma contínua produção de vínculos jurídicos que se origina diretamente da sociedade organizada em grupos.

A noção de autonomia coletiva edificou-se a partir da noção de ordenamento jurídico formulada por Santi Romano⁹, ao rejeitar a tese reducionista que resume o fenômeno jurídico apenas ao Estado, passando a admitir o ordenamento jurídico sindical, independente do Estado e autossuficiente de valoração normativa, com unidade intrínseca, mas em contínua correlação com a ordem estatal, atuando até mesmo como fator de renovação desta última¹⁰. Os trabalhadores, coletivamente agrupados, de forma livre e espontânea, criam uma

7 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1. p. 9.

8 ERMIDA URIARTE, Oscar. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1. p. 49. Isto explica a prevalência do contrato coletivo de trabalho sobre o contrato individual, expresso, no Direito brasileiro, nos arts. 444 e 619 da CLT.

9 ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946.

10 GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè, 1977.

ordem jurídica diferente do sistema jurídico estatal e que desempenha papel proeminente no cenário das relações trabalhistas, ainda que possa ser condicionado pelo limite normativo que lhes impõe o Estado. Daí porque se afirma que “a presença de um ordenamento distinto do estatal e que eventualmente até o contradiz não tem, nas sociedades modernas, uma área de manifestação mais clara do que esta, a das relações industriais”¹¹.

Na visão de Amauri Mascaro Nascimento¹² a autonomia coletiva favorece o direito à livre negociação coletiva, a transferência de poder normativo do Estado para a ordem sindical – profissional, o poder dos grupos sociais de autoelaboração da regra jurídica, a tutela sindical no lugar da estatal, distinguindo, entre os direitos, aqueles que devem ser protegidos pela lei e aqueles que podem ser negociados pelos sindicatos.

A aceitação do sentido mais amplo de autonomia coletiva dos particulares, na opinião da Walküre Lopes Ribeiro da Silva, “conduz as indagações sobre a relação entre o Estado e a autonomia privada a tocarem em uma questão essencial, qual seja, o grau de democracia e, conseqüentemente, de participação presente em um dado modelo político-jurídico”. Sob essa ótica, prossegue a autora, “a autonomia coletiva enseja tanto a negociação coletiva entre os atores sociais, como a negociação ou concertação social entre o Estado e os atores sociais. A autonomia coletiva pode propiciar, ainda, a participação dos atores sociais no próprio processo legislativo desenvolvido pelo Estado”¹³.

Nessa perspectiva, como expressão da autonomia privada dos particulares, a negociação coletiva representa uma fonte fundamental de produção normativa no direito do trabalho. De fato, como vantagem primordial, mostra-se mais compatível com os imperativos de uma modulação dinâmica das relações de trabalho, devido à vigência temporal limitada dos contratos coletivos de trabalho.

Nos sistemas democráticos modernos, a principal forma de composição dos conflitos coletivos de trabalho é a negociação coletiva entre os entes sociais, da qual resultam as convenções coletivas, discriminando os direitos, as quais vigorarão por um determinado prazo, e neste interregno tem-se a paz social. Tão grande é sua essencialidade no sistema de relações de trabalho, como instrumento de diálogo que permite às partes conciliar os interesses econômicos e sociais, é que a prática da negociação coletiva de trabalho tem sido estimulada

11 BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996. p. 103.

12 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 196.

13 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 26, n. 97, p. 35, jan./mar. 2000.

DOCTRINA

desde a criação da Organização Internacional do Trabalho, em todo o mundo, como se vê pelas disposições contidas nas Convenções ns. 98, 151 e 154¹⁴ da OIT, já ratificadas pelo Brasil.

Conhecidas são as vantagens da negociação coletiva em relação à lei, mas que devem ser sempre recordadas. Em primeiro lugar, como procedimento, a negociação coletiva é mais simplificada eis que menores seus trâmites e reduzidas as suas formalidades, sujeitas, muitas vezes, a simples regras criadas pelos próprios interlocutores sociais.

Em segundo lugar, com relação à amplitude, a negociação coletiva é dotada de maior plasticidade e capacidade de atender às peculiaridades de cada setor econômico e profissional (categoria, ramo, setor, e até empresa) para o qual é instituída, diversamente do que ocorre com a legislação, que é geral e uniforme para toda a sociedade. A lei traz consigo uma inerente “generalidade” e é então levada a expandir sua proteção para áreas, é claro, mais amplas do que o contrato coletivo. Este, diversamente, é limitado pela eficácia *inter partes* própria dos atos negociais. Por outro lado, a experiência mostra que a lei tem menor intensidade de penetração social em comparação com o contrato coletivo e, portanto, em alguns casos, ela registra uma menor efetividade¹⁵.

Em terceiro lugar, a negociação coletiva tem seu processo de elaboração centralizado nos próprios destinatários da norma. Na legislação, compete ao Estado e a seus órgãos; na convenção coletiva, nos interlocutores sociais interessados que, diretamente, desenvolvem um procedimento destinado à sua aprovação e de conformidade com seus próprios interesses. Este caráter democrático no processo de criação da norma coletiva, aponta-se, é o grande fator impulsionador de sua efetividade, eis que são regras criadas pelos próprios envolvidos, conforme suas aspirações e a partir de um diálogo de concessões recíprocas.

À luz do acima exposto, e da intrínseca relação entre autonomia privada coletiva, negociação coletiva de trabalho e grau de democracia em um país é

14 Para os efeitos do art. 2º da Convenção nº 154 da OIT o termo “negociação coletiva” compreende “todas as negociações que se realizam entre um empregador, um grupo de empregadores ou uma ou mais organizações de empregadores, de um lado, e, de outro, uma ou mais organizações de trabalhadores, para: (a) definir condições de trabalho e termos de emprego; e/ou (b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; e/ou (c) regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma organização de trabalhadores ou organizações de trabalhadores”.

15 PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: Giappichelli, 1999. p. 261.

que o tema se coloca, traduzido, no campo jurídico laboral, na análise da relação entre as fontes normativas.

Não por acaso vem ganhando destaque, na doutrina e na jurisprudência, um novo método jurídico, de verdadeiro “diálogo entre as fontes” do direito, com vistas a atender e a conciliar os interesses na atual sociedade complexa. De acordo com a teoria do diálogo das fontes, de Erik Jayme, os conflitos de leis e normas emergem agora de um diálogo entre as fontes, as mais heterogêneas. Trata-se de um novo método, aplicável a todos os ramos do direito e que se apresenta como instrumento útil ao aplicador, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, velho conhecido do Direito do Trabalho e que hoje se debate em outros campos do direito. De acordo com Cláudia Lima Marques, a teoria de Erik Jayme do diálogo das fontes insere-se na grande tradição da visão sistemática e funcional da ordem jurídica, atualizada por uma visão internacional e cultural do direito e uma perspectiva mais humanista. Transcende o debate sobre as teorias positivistas, pois sua proposta é justamente a busca da coerência do direito posto. E abrange, além do diálogo entre as leis postas, normas narrativas de inspiração, *soft law*, costumes, princípios gerais. Em arremate, “aplicar a lei, com olhos de afastar uma e priorizar outra, é uma visão reducionista das possibilidades de aplicação das leis hoje”¹⁶.

Em outras palavras, propõe-se um novo paradigma de coordenação e coerência, superador dos antigos critérios de resolução de conflitos de leis, de tradição escolástica (anterioridade, especialidade e hierarquia). Sem se tratar de exclusões recíprocas, busca-se a influência recíproca: há a aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes pela fonte prevalente ou mesmo a opção por uma solução flexível e aberta, de interpretação¹⁷.

16 MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012. p. 19. Assim, os direitos humanos, os direitos fundamentais e constitucionais, os tratados, as leis e códigos, estas fontes não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas “falam” umas às outras e os juizes são levados a coordenar estas fontes “escutando” o que as fontes “dizem”.

17 MARQUES, Cláudia Lima. Op. cit., p. 26-27. A autora faz o seguinte convite à reflexão: “(...) di-a-logos, duas ‘lógicas’, duas ‘leis’ a seguir e a coordenar um só encontro no ‘a’, uma ‘coerência’ necessariamente ‘a restaurar’ os valores deste sistema, desta ‘nov-a’ ordem de fontes, em que uma não mais ‘re-vo-ga’ a outra (o que seria um mono-logo, pois só uma lei ‘fala’), e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos”. Na seara trabalhista, convém recordar vários direitos consagrados em leis, antes mesmo de serem positivados, tiveram sua gênese em convenções coletivas de trabalho, o que basta para demonstrar a função dialógica da negociação coletiva até mesmo como fator renovador da própria ordem jurídica estatal.

Tais considerações metodológicas são relevantes não apenas para cotejar a amplitude da negociação coletiva diante da lei, mas, também, entre os diversos níveis de negociação coletiva de trabalho, em uma coordenação dinâmica das fontes estatais e autônomas, e das próprias fontes autônomas entre si (coletivas e individuais), todas componentes do ordenamento jurídico trabalhista, cuja pedra de toque é, sem dúvida, a pluralidade de fontes.

Como ensina Giancarlo Perone, a história do direito do trabalho, na sua essência, identifica-se com a evolução de suas fontes: fontes de cognição, é claro, mas também com as de produção. Estas são oriundas – e esta é uma característica essencial deste ramo do direito tão devedor das determinações das forças sociais – não apenas da soberania do legislador mas, também, da vontade dos sujeitos da autonomia coletiva. O enredo e o desenvolvimento de um conjunto tão diversificado de fontes marca a progressiva fisionomia da disciplina¹⁸.

A flexibilização autônoma, negociada coletivamente, permite a transição da tutela estatal para o garantismo coletivo, e torna “disponíveis” as tradicionais normas legais estatais. Nesse tipo de flexibilidade, denominado “garantismo coletivo”, seria possível deslocar a norma heterônoma mesmo quando não fosse mais favorável¹⁹.

A posição de Amauri Mascaro Nascimento é a de que o ideal é dosar a dimensão da lei, que não deve nem descer a detalhes muito menos ampliar-se ocupando uma esfera que os próprios sindicatos podem ocupar, de modo que uma legislação sindical moderna deve, para este autor, ter duas metas fundamentais para que possa situar-se num patamar de razoabilidade: primeira, o seu sentido promocional de apoio ao sindicato por meio de princípios que o valorizem diante da sua importância num Estado democrático de Direito; segunda, algumas limitações indispensáveis, para evitar abusos²⁰. Em obra mais recente, o jurista já sublinhava que de nada adiantaria o ordenamento jurídico repleto de

18 PERONE, Giancarlo. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: Giappichelli, 1999. p. 227.

19 ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002. p. 35. Recordamos que, considerando a experiência francesa dos anos 1980 e seguintes, Javillier concebeu três graus de flexibilidade do Direito do Trabalho: 1) a flexibilidade de proteção, que corresponderia à etapa inicial da legislação, que admite uma variante na concepção tradicional da ordem pública (ordem pública social), para dar lugar às normas de hierarquia inferior mais favoráveis ao trabalhador; 2) flexibilidade de adaptação, que admite, por meio de convenções e acordos, sejam introduzidas derrogações *in pejus*, e não só *in melius*; 3) flexibilidade de desregulamentação, em que o próprio legislador derroga dispositivos considerados demasiadamente rígidos (JAVILLIER, J. C. *Manuel de droit du travail*. 2. ed. LGDF, 1988. p. 66 e ss).

20 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 215.

leis elaboradas pelo Estado e vazias de conteúdo efetivo com elevados índices de descumprimentos das leis, provocando um volume de processos judiciais que, pela sua quantidade, não podem ser solucionados com brevidade, só muito tempo depois da ocorrência do conflito²¹.

O desafio, logo se percebe, é a passagem, com segurança, de um modelo no qual a base é composta por normas de ordem pública e apenas supletivamente é completado por normas negociadas para um modelo no qual apenas os direitos fundamentais do trabalhador seguem garantidos pelas normas inderrogáveis, sendo que todas as demais normas de proteção são fruto da negociação coletiva, ou seja, a proteção decorre da tutela sindical, prestigiando-se a pluralidade das fontes do Direito do Trabalho.

Nas precisas lições de Walküre Lopes Ribeiro da Silva, os anseios de modernização da legislação trabalhista têm conduzido a uma crescente valorização da autonomia privada coletiva, preconizando-se uma mudança da relação entre as fontes do Direito do Trabalho. Se de um lado é importante o incentivo à autonomia privada coletiva, a verdade é que, no campo das relações de trabalho, o legislador assegura aos trabalhadores um patamar de direitos, tendo em vista a dignidade e o valor do trabalho humano. Assim, a primeira função da ordem pública é promover a regulação social, impedindo retrocessos na sociedade. E arremata a autora: “a flexibilização do direito do trabalho deve implicar a reestruturação da sociedade em sentido positivo. Ao invés de retroagir aos ideais iluministas, voltando a defender a auto-regulamentação do mercado, deve-se combinar a ação do Estado e a atuação dos particulares: ao contrabalançar o intervencionismo estatal com a autonomia coletiva, corrigem-se as distorções do mercado”²².

Convém, neste ponto, alertar também para os riscos de se delegar um grande poder dispositivo aos sindicatos em momentos de enfraquecimento do poder destes, a fim de que as normas coletivas negociadas não caminhem em uma tendência de desproteção social gradativa. Afinal, negociação, por definição, envolve concessões recíprocas das partes; do contrário seria mera renúncia de direitos e precarização²³. Eis o alerta claro do saudoso Amauri Mascaro Nascimento: “a sacralização do dogma da autonomia da vontade com suas sequelas,

21 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 80-81.

22 SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Autonomia privada coletiva*. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3. (Coleção Pedro Vidal Neto).

23 Neste ponto é que nota a diferença fundamental entre dois sentidos possíveis da palavra “flexibilização”: como “re-regulamentação”, que é saudável; ou como “desregulamentação”, que pode constituir a criticada precarização.

DOCTRINA

isto é, a faculdade das partes de fixar, por si próprias, o conteúdo das relações individuais de trabalho com abstenção do Estado, mesmo onde possa haver situações de desequilíbrio de forças, que, sendo soltas para a livre composição, segundo as exigências do mercado, não resolverão as questões trabalhistas de forma justa e equitativa, em prejuízo da proteção ao trabalhador²⁴.

No diagnóstico de Alain Supiot, ao estudar diversos ordenamentos europeus, a negociação coletiva de trabalho apresenta-se como uma alternativa à aplicação da lei nas seguintes situações: na autorização legal para a celebração de acordos coletivos de trabalho que derroguem as suas disposições (acordos derogatórios); nas leis supletivas, que só se aplicam quando não existe um acordo coletivo; e nas leis dispositivas, que não fixam uma regra que não possa ser derogada, mas abrem uma faculdade cuja utilização requer um acordo coletivo de trabalho. As relações entre a lei e a negociação coletiva de trabalho tornam-se, na atualidade, mais complexas e heterogêneas e tanto podem ser pautadas pela igualdade (sistema de organização eminentemente convencional) quanto por uma hierarquia que garanta o primado da lei sobre a convenção coletiva de trabalho (sistemas legais, de intervenção estatal). A tendência geral é a lei se esvaziar de disposições substanciais e estipular, em seu lugar, regras procedimentais destinadas a garantir o direito à negociação coletiva de trabalho, cujo resultado pode substituir, prolongar, desenvolver ou aplicar disposições legislativas²⁵.

Se, constantemente, a regulação das relações de trabalho deriva de fontes normativas diferentes – por um lado, o contrato coletivo, por outro lado, a lei –, varia, no entanto, a distribuição do peso destes instrumentos nos diferentes ordenamentos, e varia, também, na evolução histórica do mesmo ordenamento. Dependendo da distribuição de funções e de competências entre regulamentações autônomas e regulamentações heterônomas, mede-se a adesão de um dado ordenamento, ou de um determinado período histórico dele, a três grandes

24 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 81.

25 SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003. p. 153. Registre-se a opinião, por exemplo, de Giampiero Proia, para quem os limites da norma inderrogável trabalhista e de seus destinatários não são apenas móveis, mas o seu deslocamento no tempo não é necessariamente unidirecional. Tais limites variam também no espaço, conforme demonstra o peso bem diverso que a norma inderrogável assumiu nos distintos ordenamentos jurídicos. Dessa forma, para averiguar se a norma inderrogável aumentará o seu raio de ação, ou o reduzirá, ou se, simplesmente, dará lugar a novas formas de aplicação, deve-se considerar vários fatores, tais como quais são os tipos de tutela disponíveis, como elas interagem e afetam o sistema produtivo e as suas eventuais consequências em termos de crescimento da ocupação ou de um crescimento equilibrado das oportunidades de trabalho (PROIA, Giampiero. A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 6, 2007, p. 1.206).

modelos juslaborais: o modelo voluntário, o modelo estatal e o misto-auxiliar, como já exposto anteriormente.

3 – O movimento de descentralização negocial no direito comparado

Para a adequada compreensão do tema, mostra-se indispensável saber que não apenas o peso da negociação coletiva diante da lei é variável ao longo do tempo como, também, a relação entre os níveis de negociação coletiva sofrem mudanças dinâmicas.

Amauri Mascaro Nascimento apresenta modelos de negociação coletiva e expõe que, *quanto aos níveis de negociação*, há diversos: a empresa, a categoria, diversas categorias ou, até mesmo, os trabalhadores como um todo. E essas instâncias podem agir com absoluta autonomia, independentemente uma das outras ou de modo integrado, relacionando-se segundo uma divisão de competências. Quanto à relação entre os níveis, mostra que podem ser “articulados” e “não articulados”. Nos primeiros, os diversos níveis de contratação coletiva entrelaçam-se. Não se unificam. Cada um conserva a sua individualidade. Mas compõem um todo num sentido. As contratações de nível superior (quase sempre intercategoriais) estabelecem regras em razão da matéria ou dos procedimentos, que as demais instâncias inferiores seguem, erguendo-se uma pirâmide sindical-negocial, repartidas as competências, e que redundam, muitas vezes, na prática, em uma forma de controle das entidades sindicais de cúpula sobre as de nível menor. Assim, a contratação articulada traduz-se num conjunto de convênios coletivos escalonados, em diferentes níveis, relacionados entre si, a partir de um acordo maior, o acordo-marco, entre organizações sindicais de segundo grau. Diferentemente ocorre nos modelos independentes, em que os diversos níveis de negociação coletiva, inclusive na mesma categoria, são totalmente autônomos, não existindo reserva de competência para determinadas instâncias ou tipos de entidades sindicais ou restrições sobre o conteúdo a ser negociado em cada esfera do mesmo setor sindical, o que permite maior liberdade para as bases. Por fim, quanto à concentração, os modelos de negociação coletiva podem ser classificados em concentrados ou descentralizados. Os primeiros são unificantes e a negociação é centralizada em um nível mais alto; os segundos são difusos, distribuindo-se pelas diversas esferas de representação sindical²⁶.

Os fatores jurídicos são importantes, mas não são os únicos que explicam a configuração e a evolução da estrutura da negociação coletiva, eis que

26 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008. p. 419-420.

DOCTRINA

esta responde a uma pluralidade de fatores adicionais, do tipo econômico, de estrutura empresarial, de intensidade de opções de descentralização produtiva, de distribuição geográfica de mercado de trabalho, de evolução dos setores produtivos, de conformação das organizações de representações dos interesses coletivos. Por vezes, a resistência a mudanças liga-se até mesmo com a própria configuração das organizações sindicais (patronais e profissionais) eis que, em grande parte dos casos, a estrutura da negociação reflete a estrutura destas organizações, de modo que o caráter centralizado ou descentralizado permite intuir a natureza mais ou menos hierarquizada das mesmas²⁷.

A OIT, por meio de seu Comitê de Liberdade Sindical, editou verbetes sobre o tema dos níveis de negociação coletiva de trabalho. E a diretriz fixada é no sentido de permitir que sejam todos os possíveis níveis de negociação (desde os mais amplos até os mais específicos) se assim desejarem os atores sociais envolvidos. Afinal cuida-se de um espaço de liberdade que é (ou não) exercido conforme os interesses em jogo, matérias a regular e política negocial mais adequada a um dado contexto. Registrem-se os verbetes abaixo:

“988. Com base no princípio da negociação coletiva livre e voluntária, estabelecido no artigo 4º da Convenção n. 98, a determinação do nível de negociação coletiva deveria depender essencialmente da vontade das partes e, como consequência, o mencionado nível não deveria ser imposto em virtude da legislação, de uma decisão da autoridade administrativa ou de uma jurisprudência da autoridade administrativa do trabalho.”

“989. A determinação do nível da negociação deveria depender da vontade das partes. Por isso, a negativa dos empregadores de negociar em um nível determinado não constituiria uma violação da liberdade sindical.”

“990. A legislação não deveria criar obstáculo para a negociação coletiva no nível da indústria.”

“991. Para proteger a independência das partes interessadas, seria mais apropriado permitir-lhes que decidam de comum acordo em qual nível deve ser realizada a negociação. Não obstante, em muitos países, esta questão corresponde a um organismo independente das partes. O

27 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014.

Comité estimou que nesses casos o organismo mencionado deve ser realmente independente.”²⁸

3.1 – Ordenamento jurídico italiano: os acordos de proximidade a partir de 2011

A pedra de toque do modelo de negociação coletiva na Itália é bastante flexível, pois não houve lei estatal engessando o sistema de contratação coletiva após a queda do corporativismo estatal fascista, tendo as regras sido remetidas à autonomia privada coletiva. Ao longo da história, a partir da Constituição democrática de 1948, verificaram-se oscilações entre centralização e descentralização da fonte contratual que se pretende privilegiar em cada fase. Em verdade, desde a década de 1980, quando se manifestou o denominado “*diritto del lavoro dell’emergenza*”, temas como o papel do sindicato na dinâmica contratual de tutela e o poder dispositivo sindical na transação coletiva frente à lei passaram a ser um constante debate.

A contratação centralizada, nacionalmente unificada, havia cumprido um papel histórico naquele momento de transição e, com a consolidação democrática, infinitas possibilidades foram entreabertas, conforme o modelo organizativo e as necessidades da classe trabalhadora em um dado contexto, podendo variar desde âmbitos nacionais, setoriais até o nível de empresa, já que as vantagens de um modelo de contratação podem significar as desvantagens de outro, e vice-versa.

Nesse sentido, no que se refere aos níveis de contratação coletiva e à relação entre estes, a Itália já presenciou os seguintes níveis de negociação coletiva: o nível do contrato coletivo nacional de categoria, com posição central no sistema, como verdadeiros “códigos setoriais do trabalho”, desempenhando a função de um autêntico eixo negocial contemplando política salarial geral, direito de informação e até mesmo as matérias e regras de procedimento negocial a serem observadas pelos níveis inferiores. Na sequência, figuram os contratos coletivos regionais ou provinciais da categoria, que são os contratos locais; e atualmente, um papel proeminente aos acordos de empresa, os quais, até então, assumiam uma função meramente especificadora das condições já pré-fixadas em instrumentos coletivos de nível superior e, ainda assim, desde que esta “delegação” estivesse autorizada.

28 OIT. *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006. p. 209.

DOCTRINA

Em 1962, inaugurou-se a chamada “contratação articulada” (em cascata), resultado das organizações sindicais que almejavam a descentralização da negociação coletiva: é o que se estabeleceu em um acordo celebrado entre as federações de metalúrgicos e as entidades patronais buscando maior adaptabilidade das normas gerais dos setores às peculiaridades de cada setor ou empresa. O contrato coletivo nacional da categoria regulava vários temas e remetia outros a contratos de âmbito territorial de grau inferior. A despeito do maior dinamismo propiciado pelo modelo da negociação articulada, não havia ampla liberdade das entidades sindicais de grau inferior em termos de poder negocial. No início dos anos 1980 houve um retorno à centralização da contratação coletiva, que culminou com um acordo tripartite de 1983, denominado *Accordo Scotti*, o qual moldou a estrutura hierárquica rígida e piramidal, impondo limites tanto à contratação coletiva de categoria nacional, quanto à negociação em nível de empresa, tendo essa última um mero papel complementar dos níveis superiores interconfederais ou da categoria nacional²⁹.

Nesta época, a doutrina já alertava acerca do problema da relação entre os níveis contratuais inferiores. E, ao fazer uma análise das experiências da “contratação articulada” (anos 1960 e início dos 1970) e do retorno à centralização contratual (início dos anos 1980), aduz que uma subdivisão rígida e hierarquicamente ordenada dos âmbitos de competência era completamente privada de utilidade, já que a situação econômica ou produtiva exigia, ao contrário, uma elevada flexibilidade dos instrumentos negociais em cada nível e, especialmente, no plano da empresa. A rigor, o problema não é tanto escolher, *in abstracto*, um nível em detrimento de outro, mas de individualizar a unidade contratual eficiente com relação a um determinado problema³⁰.

Ao longo dos anos 1990, por sua vez, a negociação coletiva desempenhou um papel supletivo da atividade legislativa que delegava espaços de normatização das relações de trabalho aos atores sociais em momentos de crise, ao introduzir doses de flexibilização nas relações de trabalho, tendo em vista o enfrentamento de pontuais condições do mercado de trabalho, atenuando a rigidez da norma estatal geral por meio da técnica que, na doutrina, é definida como flexibilização “sindicalmente controlada”.

Em 2011, houve uma grande guinada no sistema de contratação coletiva com a Lei nº 148 de 2011, o qual foi precedido pela assinatura, pelas três maiores confederações sindicais italianas, do Acordo Interconfederal, de 28

29 SILVA, Otávio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998. p. 76-78.

30 MARIUCCI, Luigi. *La contrattazione collettiva*. Bologna: Il Mulino. 1985. p. 223-224.

de junho de 2011, que consagra a união de ação das confederações profissionais CGIL, CISL e UIL e da Confindustria, pelo lado patronal³¹. Este Acordo interconfederal de 2011 já previra, antes mesmo da aprovação da referida Lei, a possibilidade para o acordo coletivo de empresa derrogar o contrato coletivo nacional de categoria nas matérias indicadas por este último, desde que houvesse autorização³². Portanto, até 2011, a tradicional relação hierárquica dos instrumentos negociais permaneceu parcialmente inalterada: centralidade da negociação coletiva nacional e específica “autorização” aos níveis inferiores para derrogação de disposição superior se e na medida previamente estabelecida. Porém, é justamente a partir deste pacto intersindical que se enxergam os primeiros sinais em direção a uma inversão no sistema de fontes que passam a ser privilegiadas em termos de prioridade aplicativa.

Após décadas de abstenção legislativa italiana em matéria sindical, o novo texto (art. 8º do Decreto-Lei nº 138/2011, convertido em Lei nº 148/2011) introduz o inédito princípio da *derrogabilidade* de normas de lei e introduz os denominados contratos de proximidade (de empresa ou setoriais). Aponta-se ter havido uma espécie de “mutação genética” do direito do trabalho. Criticada por muitos, a inovação legislativa atinge a amplitude da supremacia da lei e sua indisponibilidade pela autonomia privada, em especial a autonomia coletiva³³. A doutrina reconhece tratar-se de uma virada histórica, diante do amplíssimo poder dos sindicatos, nesses ditos “acordos de proximidade” de derrogar tutelas da lei estatal e do contrato coletivo nacional da categoria.

31 Vale ressaltar que, atualmente, o conteúdo do AI de 2011, com relação à delega para negociação coletiva ao nível de empresa, foi recepcionado no Texto Único sobre Representação de 10 de janeiro de 2014, na parte terceira dedicada à “titularidade e eficácia da contratação coletiva nacional de categoria e de empresa”.

32 Acordo Interconfederal de 28 de junho de 2011, ponto n. 3: “A negociação coletiva de empresa se desenvolve nas matérias delegadas, totalmente ou parcialmente, pelo contrato coletivo nacional de trabalho da categoria o pela lei”, e ponto n. 7: “os acordos coletivos de empresa podem ativar instrumentos de articulação contratual dirigidos a assegurar a capacidade de aderir às exigências dos específicos contextos produtivos. Os acordos coletivos de empresa podem, portanto, definir, mesmo se por via experimental e temporânea, específicos entendimentos para modificação das regulamentações contidas nos contratos coletivos nacionais de trabalho nos limites e no respeito dos procedimentos indicados nos mesmo contratos coletivos nacionais de trabalho. Quando não previstas e no aguardo das renovações que definem a matéria do contrato coletivo nacional de trabalho aplicado na empresa, os acordos coletivos de empresa assinados com as representações sindicais da empresa em acordo com as organizações territoriais signatárias do presente acordo interconfederal, com a finalidade de gerir a crise ou em presença de investimentos significativos para favorecer o desenvolvimento econômico e ocupacional da empresa, podem definir entendimentos que modifiquem institutos do contrato coletivo nacional que disciplinam a prestação laboral, os horários de trabalho e a organização do trabalho. Tais entendimentos modificativos têm eficácia geral”.

33 DE LUCA TAMAJO, Raffaele. Prime valutazioni e questione di legittimità costituzionale dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011. *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012, p. 19-30.

O art. 8º permite à negociação coletiva de trabalho no nível de empresa derrogar o contrato nacional de categoria e, o que é mais complexo, até mesmo a lei, em diversas matérias, desde que observados certos limites objetivos e subjetivos, quais sejam: presença de específicas circunstâncias e com finalidades objetivas, bem como a observância de critérios de representatividade sindical.

Ambos, o Acordo Interconfederal e a Lei escolhem como fonte derogatória a autonomia coletiva de nível de empresa (a Lei indica também o nível territorial), delegando assim à responsabilidade sindical a proporcionalização da proteção para contextos específicos visando favorecer o desenvolvimento e a ocupação. De acordo com Antonio Vallebona, a conveniência ou não de uma maior descentralização regulativa da contratação coletiva constitui uma típica questão das dimensões dos interesses que se quer privilegiar: aqueles que consideram prioritária, por evidentes razões ideológicas e políticas, a conservação de um interesse comum dos trabalhadores mais amplo possível para uma correspondente solidariedade e capacidade de mobilização, é favorável à conservação da centralização regulativa no contrato coletivo nacional. Aqueles, por sua vez, advertidos dos sacrifícios, não mais sustentáveis em uma economia de competição global, de uma sufocante uniformidade de disciplina também para situações diversificadas, são favoráveis à descentralização regulativa, seja mediante a autonomia coletiva, seja mediante a autonomia individual adequadamente assistida³⁴.

Giancarlo Perone, por seu turno, já no ano de 2012, refletia sobre as vantagens e os riscos das mudanças efetuadas, inclusive questionando se esta intervenção legislativa constituiria uma ruptura contingente e pontual ou uma tendência histórica sem retorno ao passado. Em sua análise, o abrandamento da relevância da categoria profissional, concebida como um modo de ser de classe, com vocação à uniformidade de tratamento estável negociado a nível nacional, não parece ser almejada ou mesmo refletir uma solidariedade aprioristicamente

34 VALLEBONA, Antonio. Dimensione degli interessi e decentramento regolativo. In: *Lavoro e spirito*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011. p. 153-155. Inclina-se Vallebona para a descentralização da negociação coletiva, por considerar equivocada a ideia segundo a qual a retribuição deva ser fixada a nível nacional e não a nível territorial ou empresarial, inclusive para sopesar os diversos custos de vida e as diversas possibilidades de satisfações não mensuráveis em âmbitos muito amplos; e sobre esta valoração também pode incidir o interesse de geração de empregos, conservação da empresa em determinadas situações, havendo amplo espaço para o sindicato, na qualidade de garantir, caso a caso, negociar de forma equânime variações de funções, transferências, dispensas, salários e as condições de trabalho em geral, tudo na busca de um interesse comum entre as partes, fora de um clima de luta de classes ou de obsessivo controle judicial, enfim, uma mediação entre as exigências da coletividade e dos indivíduos, sem uma predeterminação rígida de inderrogabilidade. A única condição, alerta Vallebona, é que os sujeitos coletivos chamados a tal delicada valoração sejam efetivamente representativos, a fim de afastar o perigo dos chamados “contratos piratas”.

fixada e desejada com a maior amplitude possível. O poder do sindicato local não parece que será tão rígido como era em mãos das entidades sindicais confederais. Houve uma redistribuição de novos equilíbrios entre competências locais e periféricas. No entanto, mesmo com os riscos da perda da centralidade da categoria, reconhece o autor não ser possível afirmar que hoje estamos adequados ao modelo de negociação interconfederal e centralizada, com o que não se mostraria razoável a concepção da realidade com o propósito de restaurar canais de representação falhos, sem concretude e sem aderência social³⁵.

3.2 – Ordenamento jurídico espanhol: os convênios de empresa nas Reformas de 2011 e 2012

Diferentemente da Itália, em que o regramento da negociação coletiva (matérias, níveis, procedimento, eficácia e relação entre níveis) fora totalmente deixado à autonomia privada coletiva, a Espanha – talvez em razão de quase quarenta anos de regime franquista autoritário e de sindicalismo vertical – optou por regular algumas linhas mestras da estruturação dos convênios coletivos por via da legislação. Daí a tendência em direção aos “acordos-marco”, bem como à centralização da negociação coletiva estruturada pela via do Estatuto dos Trabalhadores em 1980³⁶.

Não foram poucas as dificuldades enfrentadas pela sociedade espanhola no período de transição. Alguns analistas referem-se a uma falta de “vertebração social” e a uma debilidade das estruturas sociais e de hábitos associativos após tantos anos de regime autoritário no plano civil e sindical, uma espécie de “herança histórica” de inibição da capacidade de iniciativa e responsabilidade individuais, de auto-organização coletiva na sociedade civil³⁷.

35 PERONE, Giancarlo. *Diritto sindacale tra essere e dover essere. ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012.

36 A promulgação da Constituição de 1978 gerou prontamente o desejo de atuação do legislador infra-constitucional em conteúdos sociolaborais, já que a erradicação das persistentes estruturas autoritárias do franquismo o exigia. Ademais, o tradicional perfil intervencionista do ordenamento espanhol demandava essa atuação com toda naturalidade. A política de concertação social, dos macro-acordos e da negociação coletiva centralizada constituíram-se então, nesse sentido, um marco referencial no qual os sindicatos foram os grandes protagonistas e ascenderam a um lugar de grande legitimação perante a sociedade civil.

37 PEREZ DIAS, Victor. Políticas económicas y pautas sociales en la España de la transición: la doble cara del neocorporatismo. In: *España: un presente para el futuro*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. v. 1. p. 31-33. Juristas, sociólogos e cientistas políticos referem-se a uma tradição cultural, adquirida ao longo de quase quarenta anos de franquismo, de sobrevalorização do Estado e de debilidade da sociedade civil.

O desenho institucional que se iniciou com o decreto-lei de relações de trabalho, de março de 1977, os Pactos de Moncloa, de outubro do mesmo ano, e a Constituição de 1978, acarretou uma mudança completa nas regras do jogo dos mecanismos de controle estatal sobre a negociação coletiva. Os anos que se seguiram à aprovação da Constituição espanhola marcaram a passagem das organizações sindicais – em especial das centrais sindicais – do modesto rol de espectadoras para o de interlocutoras privilegiadas dos poderes públicos com vistas à superação de crises. Ampliou-se assim a sua ação “do mercado de trabalho ao mercado político”, intercâmbio que se expressa nos processos de concertação social³⁸.

Entre 1979 e 1983, houve grandes avanços que contribuíram para o marco institucional de negociação coletiva daquele momento. Exercendo a autonomia privada coletiva, as organizações sindicais celebraram quatro negociações nacionais interprofissionais. Fixaram-se as diretrizes para a futura legislação e estimulou-se uma prática de negociação centralizada. Os analistas destacam que, sobretudo entre 1980 e 1981, tais negociações coletivas centralizadas foram um fator essencial para estabilizar as relações de trabalho, ao fixar, *a priori*, as bases dentro das quais se deveriam negociar os reajustes salariais. E salientam que “pode-se dizer que os ‘acordos-marco’ de 1979 e 1980 foram, no terreno sócio-laboral, o que os Pactos de Moncloa tinham sido no campo político”³⁹.

Em 1980, foi aprovado o Estatuto dos Trabalhadores (Lei nº 8, de 10 de março de 1980), que muito absorveu do amplo debate ocorrido nas duas primeiras negociações coletivas nacionais (de 1979 e de 1980). A disposição final oitava do Estatuto dos Trabalhadores (ET) previu a criação de uma Comissão Consultiva com o objetivo de assessorar as partes das negociações coletivas na “fixação e determinação dos âmbitos funcionais das convenções coletivas”⁴⁰. Visou-se, com esta comissão, criar uma funcionalidade consultiva ao sistema negocial, seja estabelecendo adequadamente o âmbito funcional da convenção

38 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigencia constitucional. In: GARCÍA LASO, Agustín; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Ed.). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002. p. 27-28.

39 OIT. Informe de una mision de la Oficina Internacional del Trabajo. *Situación sindical y relaciones laborales en España*. Ginebra: OIT, 1985. p. 66. Em janeiro de 1980 seguiu-se o Acordo Marco Interconfederal para Negociação Coletiva entre UGT e CEOE – AMI, inspirado no sistema de “contratação articulada” italiana, e que assumiu o valor de “convenio de convenios” (ou “convênios para convenir”, na medida em que determinava as matérias que seriam negociadas nos níveis inferiores bem como fixava de forma autônoma regras para as negociações coletivas, expressão de autonomia privada coletiva.

40 A referida comissão foi apenas regulamentada quatro anos após, com o Real Decreto 2976/1983, de 9 de novembro, que regula a Comissão Nacional Consultiva” em questão, cujos objetivos eram de extrema importância no sentido de se criar um mecanismo estável coadjuvante para solucionar conflitos entre convenções coletivas e as respectivas unidades de negociação (art. 83 do ET), sempre que provocados pelas partes negociadoras.

coletiva que se pretenda negociar, seja interpretando uma convenção coletiva vigente para determinar seu âmbito funcional de aplicação (art. 2º, 1). A Comissão, seguindo a tradição das modernas democracias pluralistas, tinha composição tripartite, dela participando associações empresariais e organizações sindicais de trabalhadores; e, por meio dela, o Estado assume a promover e a incentivar a autonomia contratual, inclusive para a escolha das partes de negociações coletivas de eficácia mais geral (art. 87, 2, do ET) feitas pelas organizações mais representativas, nos termos da Lei⁴¹.

Esta Lei contém disposições relativas à temática sindical, cabendo destacar a vedação de discriminação por motivos sindicais e a regulamentação da representação eletiva na empresa. Embora nesse diploma legal não tenha recebido tal denominação, a representatividade foi nele regulada de maneira genérica, com vistas à legitimação para negociar convenções coletivas com eficácia geral (art. 87.2 e 88.1)⁴² e para a representação institucional perante a Administração Pública (disposições adicionais n. 6), essa última hipótese relativa às organizações de empregadores. Como parâmetro para a escolha, elegeu-se os resultados das eleições de comitê de empresa e delegados de pessoal.

Elias Gonzáles-Posada Martinez, ao analisar a estrutura de negociação coletiva desenhada pelo ET, adverte que cada sindicato tem a possibilidade de contar com unidades descentralizadas de sua organização nos distintos centros de trabalho por meio da seção sindical de empresa, a qual é integrada pelos filiados do respectivo sindicato no centro de trabalho. Salienta que o intuito do legislador foi estabelecer uma “conexão estrutural entre a representação e a contratação coletiva de eficácia geral”⁴³. O autor explica que a combinação

41 VALDÉS DAL-RE, Fernando. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 17, p. 5-28, ene./mar. 1984.

42 O art. 87.2 do Estatuto dos Trabalhadores, na redação da época, declara que nos convênios coletivos de âmbito superior ao nível de empresa são legitimados: “a) os sindicatos que tenham a consideração de mais representativos em nível estatal, assim como em seus respectivos âmbitos, os entes sindicais afiliados, federados ou confederados aos mesmos; b) os sindicatos que tenham a consideração de mais representativos em nível de Comunidade Autônoma relativamente aos convênios que não transcendam o dito âmbito territorial, assim como, em seus respectivos âmbitos, os entes sindicais afiliados, federados ou confederados aos mesmos; c) os sindicatos que contem com um mínimo de 10% dos membros dos comitês de empresa ou delegados de pessoal no âmbito geográfico e funcional a que se refira o convênio”. Por sua vez, o art. 88.1, alude à Comissão negociadora, a qual deverá ser composta por representantes dos trabalhadores, segundo o disposto no mencionado art. 87.1. Observe-se que a expressão “comunidade” utilizada no artigo 87.2 mencionado refere-se à província ou região da Espanha (ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GERMÁN, González. *El Estatuto de los trabajadores*. Texto, comentários, jurisprudencia. Madrid: Civitas, 1995. p. 396-397).

43 GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 103, p. 23, ene./feb. 2001.

de distintas esferas espaciais, produtivas ou profissionais pode gerar alguns conflitos convencionais no que diz respeito às suas incidências em determinada relação jurídica. O art. 84 do Estatuto fixa o critério temporal, dispondo ser inaplicável a convenção coletiva celebrada posteriormente, salvo previsão contrária em acordos-marco celebrados por entidades mais representativas. Quanto a um possível concurso de convenções coletivas de trabalho, com a possibilidade de aplicação simultânea de ambas, o autor explica que se estabelece uma coordenação funcional na qual se fixa uma distribuição de competências entre os distintos níveis, o que pode ser feito por diferentes critérios: a) *de complementaridade*, em que se admite a coexistência das normas convencionais; b) *de suplementaridade*, em que as normas convencionais geram uma espécie de efeito cascata, traçando mínimos que podem ser melhorados por convenções que tenham um âmbito de aplicação coexistente, mas menor; c) *de supletoriedade*, quando houver uma comunicação entre duas normas convencionais aplicáveis de modo que a matéria que não estiver regulada em uma delas é objeto de cobertura pela outra de outro âmbito, resolvendo-se a situação de anomia; d) *de exclusão*, quando há a proibição para regular e tratar de determinadas matérias em níveis convencionais de mais reduzido âmbito de aplicação.

Antonio Baylos assinala que, ao declarar o art. 83.1 do Estatuto “as convenções coletivas de trabalho terão o âmbito de aplicação que as partes acordarem”, esse se funda no princípio de liberdade de determinação da unidade de negociação pelos próprios interlocutores sociais. Para a racionalização do sistema negocial, especial papel desempenham as organizações sindicais mais representativas por meio dos “Acordos-Marco Interconfederais”, amplamente utilizados desde a década de 1980, para alguns nem sempre de forma satisfatória⁴⁴.

Ao assinalar que os convênios coletivos terão o âmbito de aplicação que as partes acordarem, o art. 83 do Estatuto dos Trabalhadores funda-se no princípio de liberdade de determinação da unidade de negociação pelos próprios interlocutores sociais. Na opinião de Fernando Valdés Dal-Re, a identificação dos espaços em que se manifesta a negociação coletiva expressa, de maneira gráfica, os centros de distribuição dos poderes contratuais, bem como o lugar no qual os negociadores exercem suas faculdades jurídicas⁴⁵. De acordo com Maria Emilia Casas Baamonde, conforme os âmbitos dos convênios o legislador reparte matérias, especificando as funções que se devem exercer em cada um

44 BAYLOS GRAU, Antonio. Unidades de negociación de convenios (en torno a los artículos 83 y 84). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 100, mar./ago. 2000, p. 1.462-1.464.

45 VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 1996. p. 9.

deles. Para isso, e para ordenar as relações entre níveis e regulações convencionais, recorre a princípios estruturais ou técnicos de articulação internormativa de que se valem todos os sistemas que reconhecem a existência, em seu seio, de ordenamentos autônomos⁴⁶.

Em 1994, com as Leis Orgânicas ns. 10 e 11 de 1994, houve uma primeira abertura para a unidade de negociação em nível de empresa, contudo privada de eficácia *erga omnes*. Além disso, tal reforma visou resolver o problema de baixa atividade dos convênios coletivos provinciais. O objetivo maior desta reforma de 1994 foi consagrar uma maior capacidade de flexibilização da lei estatal, de modo a adaptar a lei aos reclamos de cada categoria, ramo ou setor. Tornou-se possível, ainda, desde que previsto nas unidades de contratação de níveis superiores, a delegação de unidades de negociação nas empresas. A nova lei criou então o acordo de empresa e exigiu, para sua legitimação, que fosse subscrito pela maioria dos representantes unitários ou das representações sindicais⁴⁷.

Seguiu-se em 1997 outra reforma, originada da celebração de três grandes acordos interconfederais⁴⁸. Outro debate constante de tais acordos interconfederais foi estabelecer uma divisão de competências e matérias a serem tratadas nos âmbitos nacional, setorial (superiores) e territorial e empresa (inferiores). No ano de 2002, novamente se debateu a questão de concorrência entre convênios coletivos, a articulação entre níveis e a necessidade de privilegiar-se a empresa. E a Lei 35/2010, relativa a “reformas urgentes do mercado laboral” introduziu propostas efetivas, deu os primeiros passos rumo à descentralização da negociação coletiva até os convênios de empresa.

A despeito da trajetória de longos debates e críticas ao sistema de negociação coletiva ao longo dos anos, foi a partir de 2010 e 2012 que a empresa passou a contar com prioridade negocial, vale dizer, como centro relevante de negociação coletiva, até mesmo como instrumento de tentar solucionar a grave crise iniciada anos antes. De fato, os anos de 2011 e 2012 foram o momento em que a negociação coletiva de empresa passou a desfrutar de centralidade no ordenamento jurídico espanhol. Como pontuou Federico Navarro Nieto,

46 CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 17/18, 1994, p. 297.

47 É o que se depreende da Exposição de Motivos da Lei 11/1997, ao se referir à negociação coletiva como um instrumento fundamental para a desejável adaptabilidade, por sua capacidade de aproximação às diversas e mutáveis situações dos setores de atividade e das empresas, de modo que os espaços, até aquele momento reservados à regulação estatal, passariam para a negociação coletiva de trabalho, com vistas a desenvolver o próprio mercado de trabalho.

48 Em verdade, cuidou-se de uma iniciativa dos próprios atores sociais para buscar a racionalidade no sistema de negociação coletiva. Uma das preocupações era lidar com a cobertura de convênios para dotá-los de eficácia *erga omnes*, eis que fundados numa teoria civilista como base jurídica.

desde a década anterior, o debate dos agentes sociais e o ambiente doutrinário laboral parecia haver consenso sobre a necessidade de racionalização do sistema negocial espanhol, isto é, de uma negociação coordenada e caracterizada pela simplificação da estrutura negocial, sua melhor articulação e a reserva de um espaço próprio para os mecanismos de negociação descentralizada⁴⁹.

Naquele momento de excessiva crise econômica, de elevadas taxas de desemprego, baixos índices de qualificação profissional, excesso de contratação temporária no mercado e quadro financeiro inseguro, a preocupação era adotar medidas reais e efetivas⁵⁰. Os anos de 2011 e 2012 marcam o grande ponto de inflexão na política de negociação coletiva na Espanha: a busca da “flexibilidade interna” e exigências adaptáveis de gestão nas empresas foi instrumentalizada pela privilegiada posição do acordo de empresa na estrutura dos convênios coletivos.

Em 2011, sobreveio o Real Decreto Lei 7/2011, com a preocupação de favorecer a flexibilidade interna das empresas (mobilidade funcional e de salários, transferências, alterações de horários de trabalho e outras medidas correlatas) com vistas a evitar perda de empregabilidade e garantir competitividade das empresas, sendo que tais matérias poderiam ser previstas nos acordos de empresa. Em janeiro de 2012, na tradição de concertação social e de participação dos atores sociais para os desafios do mundo do trabalho, celebrou-se o “II Acordo para Emprego e Negociação Coletiva de 2012, 2013 e 2014”, com fundamento nos arts. 82.3 e 90 do Estatuto dos Trabalhadores. Cuidou-se de um acordo-marco interprofissional para fixar cláusulas sobre a estrutura da negociação coletiva, criando regras de solução em caso de concorrência e conflito entre convênios coletivos de distintos âmbitos. A aposta, nesta ocasião, foi a de uma descentralização mais articulada entre os níveis setorial (âmbito estatal), passando por Comunidade Autônoma, criando-se regras de descentralização, para propiciar o alcance e a capilarização até o nível de empresa⁵¹.

49 NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. *AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.

50 MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la Ley 3/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid. p. 419. A Exposição de Motivos reconhecia as disfunções da negociação coletiva e a necessidade de reformas no sistema de contratação coletiva a partir de diagnósticos feitos pelos próprios atores sociais e juristas e pelos Poderes Públicos.

51 “(...) Os convênios coletivos de âmbito estatal ou, na sua falta, de comunidade autônoma, devem desenvolver as regras de articulação e vertebração que devem reger a estrutura da negociação coletiva, apostando de forma decisiva a favor da descentralização da mesma. Isto deve traduzir-se nos seguintes critérios: os convênios setoriais deverão propiciar a negociação ao nível de empresa, a iniciativa das partes afetadas, de jornada, funções e salários por ser o âmbito mais adequado para reger tais matérias

Finalmente, sobreveio a Reforma de 2012 (Lei 3/2012), cujo preâmbulo parte da premissa de que a negociação coletiva deve ser um instrumento, e não um obstáculo, para adaptar as condições laborais às concretas circunstâncias da empresa. Nesse sentido, essa lei passou a contemplar a modificação e a inaplicabilidade de convênios coletivos (redação atual dos arts. 41.6, 82.3 e 85.3 do Estatuto dos Trabalhadores) e a prioridade aplicativa do convênio de empresa concorrente frente ao convênio setorial vigente (redação atual do art. 84.1 do Estatuto dos Trabalhadores), dentre outras medidas, com vistas a permitir a adaptação dos salários e outras condições de trabalho à produtividade e à competitividade empresarial; estabeleceu-se, ainda, uma duração máxima para a ultratividade das cláusulas negociadas⁵².

O tema da descentralização da negociação coletiva foi levado ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que o “descuelgue” (inaplicabilidade de convênios coletivos) e a prioridade do acordo coletivo de trabalho de empresa estariam a violar regras constitucionais de negociação coletiva de trabalho. Contudo, a Sentença nº 119/2014⁵³ já se manifestou pela constitucionalidade de tais dispositivos, bem como sublinhou a legalidade da Lei 3/2012, esclarecendo que “constituindo a descentralização da negociação coletiva um objetivo que o legislador pode legitimamente almejar, atendendo a considerações de política social e econômica que estime relevantes, a modificação introduzida, tanto quanto

(...) O âmbito superior da negociação deve respeitar o equilíbrio contratual das partes a nível de empresa até o término da vigência deste convenio coletivo. É necessário preservar o âmbito provincial de negociação e favorecer que tais convênios, por sua proximidade à empresa, potencializem a flexibilidade que a mesma necessita para adaptar-se ao mercado dinâmico e competitivo, além de não descuidar que se trata de um âmbito de negociação que maior cobertura permite às empresas e aos trabalhadores”. Digno de nota, ainda, é o Capítulo IV do II Acordo, ao dispor sobre a figura do “descuelgue”, que significa a “inaplicabilidade negociada na empresa de certas condições de trabalho pactuadas em convênios coletivos setoriais”. Transcreve-se: “A atual conjuntura econômica e o altíssimo nível de desemprego, assim como as perspectivas de sua evolução mais imediata, torna necessária a adoção de medidas de caráter excepcional e com proteção temporária limitada a atual conjuntura, destinadas a evitar uma evolução negativa da empresa que afete a manutenção do emprego. Nesse contexto, e com o objetivo de assegurar a manutenção do emprego como instrumento de flexibilidade interna que evita os expedientes de regulação de emprego tanto temporários como extintivos, sem prejuízo do estabelecido nos arts. 41.6 e 82.3 do ET, submete-se à consideração dos legitimados para subscrever convênios coletivos setoriais, a conveniência de incluir cláusulas de inaplicabilidade temporal negociada de determinadas condições de trabalho – nas quais não se incluem o regime salarial pois o ‘descuelgue’ do mesmo se regula no artigo 82.3 do ET, anteriormente citados e pactuados nos mesmos (...)”.

52 CASAS BAAMONDE, María Emilia. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, v. 32, n. 2, 2014, p. 275-309. O chamado “descuelgue” (“descolamento”) é a ideia da inaplicabilidade de convênios coletivos em um singular contexto através de uma técnica jurídica que possibilita substituir o regime convencional de determinadas condições de trabalho previstas em uma convenção coletiva por outra, mais adaptada ou próxima da realidade e das necessidades da empresa.

53 Sentença nº 119/2014, de 16 de julio de 2014. Recurso de inconstitucionalidad; BOE n. 198, de 15 de agosto de 2014.

à possibilidade de negociação de convênios de empresas dotados de prioridade aplicativa em qualquer momento da vigência de um convênio setorial de âmbito superior (...) não vulnera o direito à negociação coletiva e nem a força vinculante dos convênios (art. 37.1 da Constituição), nem tampouco a liberdade sindical (art. 28.1 da Constituição) (...) a regulação impugnada, que estabelece uma aplicação prioritária dos convênios de empresa sobre os convênios de âmbito superior em uma série de matérias responde a uma finalidade constitucionalmente legítima, pois os objetivos pretendidos são a defesa da produtividade, a viabilidade da empresa e, em última instância, do emprego, objetivos ambos que convergem com direitos e princípios constitucionais, como o direito ao trabalho (art. 35.1 da Constituição), a liberdade da empresa, a defesa da produtividade (art. 38 da Constituição) e o fomento do emprego (art. 40 da Constituição)”.

Houve também um segundo pronunciamento do Tribunal Constitucional por meio da Sentença nº 8/2015, a qual também decidiu pela constitucionalidade da Lei 3/2012, concluindo, com base no princípio da proporcionalidade, que as medidas de descentralização da negociação coletiva, por meio da prevalência do acordo de empresa, não violam a Constituição Espanhola ou a força vinculante dos convênios coletivos⁵⁴.

Federico Navarro Nieto opina favoravelmente sobre a Reforma contida no Real Decreto Lei 3/2012, que modificou o art. 84.2 do Estatuto dos Trabalhadores, considerando-a acertada “porque imuniza as empresas frente aos riscos de petrificação ou uniformização de níveis negociais setoriais (especialmente provinciais) porque ele tem que ter lugar através do instrumento negocial e porque se circunscreve a concretos aspectos onde tem sentido a preferência reguladora da negociação de empresa”⁵⁵.

54 Sentença nº 8/2015, BOE-A-2015-1896, n. 47, de 24 de fevereiro de 2015, p. 98 a 163. Reiterou-se a fundamentação da sentença anterior para reiterar que a limitação do direito de negociação coletiva mediante a atribuição de faculdades de modificar condições de trabalho pactuadas extraestatutariamente se justifica pelos fins consagrados na Constituição e que são almejados pela Reforma, como destacou sua Exposição de Motivos. Há, assim, no entender da Corte Constitucional Espanhola, uma adequação entre meios e fins, de modo que os meios fixados pela reforma são adequados, idôneos e constitucionalmente legítimos para evitar a destruição de postos de trabalho em razão da adaptação às concretas circunstâncias pelas quais passa uma empresa.

55 NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. *AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 23-24. Disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>. E as matérias são aquelas ali enumeradas: salário produtividade relacionado a resultados da empresa, abono de compensação de horas extras e retribuição adicional de trabalho em turnos, gestão de horário e distribuição de tempo do trabalho, escala de turnos e planejamento anual das férias, adaptação no âmbito da empresa do sistema de classificação profissional, adaptações acerca das modalidades de contratação, medidas adicionais que favoreçam a conciliação entre vida laboral, familiar e pessoal e outros temas de condições específicas de trabalho.

A aposta da Reforma de 2012 na negociação coletiva em nível de empresa se traduziu em uma profunda alteração no que diz respeito à estrutura da negociação coletiva: transforma o caráter supletório da regra de prioridade aplicativa do convênio de empresa, introduzida pela Reforma de 2011, em norma de ordem pública, infensa à autonomia coletiva. Ou seja, a prioridade do acordo de empresa, que era supletiva, tornou-se prioritária e inderrogável por convênios de nível superior⁵⁶.

Sem dúvida, o que se verifica nas reformas empreendidas pelo ordenamento espanhol, notadamente dos anos 2010 e seguintes, foi um recurso a novas técnicas jurídicas em favor de imperativos empresariais e da necessidade de adaptação das condições de trabalho (flexibilidade interna). Assim, a negociação coletiva de empresa passa a ter prioridade aplicativa e a prevalecer sobre condições pactuadas ou fixadas em convênios coletivos de nível superior (setoriais, estatais e de comunidade autônoma).

4 – A negociação coletiva de trabalho na reforma trabalhista de 2017 no Brasil

4.1 – O espírito da Reforma e os precedentes do STF no tema da negociação coletiva de trabalho

No plano das relações coletivas de trabalho das medidas introduzidas pela Reforma Trabalhista no Brasil (Lei nº 13.467/2017), podem-se identificar três grandes eixos: uma maior amplitude conferida ao “negociado”, que passa a prevalecer sobre o “legislado” em vários temas⁵⁷; uma regra de intervenção mínima do Judiciário no conteúdo dos ajustes coletivos de trabalho⁵⁸; e por fim, que é objeto do presente estudo, a prioridade do acordo coletivo de empresa sobre a convenção coletiva, mesmo quando menos favorável a esta última⁵⁹.

O “espírito” da Reforma Trabalhista pode ser colhido, em linhas gerais, no Parecer da Comissão Especial designada para esse fim, quando do exame

56 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014. p. 17.

57 Cf. arts. 611-A e 611-B da CLT.

58 Cf. art. 8º, § 3º, da CLT: 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.

59 Cf. art. 620 da CLT: “As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

do Projeto de Lei nº 6.787, de 2016, do Poder Executivo. Nele enfatiza-se a necessidade de segurança jurídica para o conteúdo negociado em acordos e convenções coletivas, a necessidade de democratizar as relações de trabalho e fortalecer o sistema de representação por meio da extinção da contribuição sindical compulsória⁶⁰.

Os debates foram impulsionados, em nosso país, ainda, pela linha de pensamento que vem sendo adotada recentemente pelo STF, ao interpretar o disposto no inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal, pelo qual se reconhece a autonomia da vontade coletiva e a validade dos acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho. Cuida-se de dois importantes precedentes da Corte Constitucional.

O primeiro deles, de lavra do Min. Barroso (RE 590.415/SC, DJe 29.05.2015) ressaltou que “no âmbito do direito coletivo do trabalho não se verifica a mesma situação de assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho. Como consequência, a autonomia coletiva da vontade não

60 Segundo a sua justificação, o projeto em análise tem por objetivo “aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores, atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão de obra no país, regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores, e atualizar a Lei nº 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário. (...) Sustentamos o entendimento de que a CLT tem importância destacada na sua função de estabilizar as relações de trabalho, mas que, evidentemente, sofreu desgastes com o passar dos anos, mostrando-se desatualizada em vários aspectos, o que não é de se estranhar. (...) Não resta dúvida de que, hoje, a legislação tem um viés de proteção das pessoas que estão empregadas, mas a rigidez da CLT acaba por deixar à margem da cobertura legal uma parcela imensa de trabalhadores, em especial, os desempregados e o trabalhadores submetidos ao trabalho informal. (...) O que precisamos, na verdade, é fortalecer a estrutura sindical como um todo, fazendo com que as categorias se sintam efetivamente representadas. Nesse sentido, é acertada a ideia contida na proposta do Governo. Ao se abrir espaço para que as partes negociem diretamente condições de trabalho mais adequadas, sem revogar as garantias estabelecidas em lei, o projeto possibilita maior autonomia às entidades sindicais, ao mesmo tempo em que busca conferir maior segurança jurídica às decisões que vierem a ser negociadas. A insegurança jurídica da representação patronal, que não tem certeza se o que for negociado será preservado pela Justiça do Trabalho, é um grande empecilho à celebração de novas condições de trabalho mais benéficas aos trabalhadores e, em última instância, um entrave à contratação de mão de obra (...) o que se está propondo não é a sua revogação, mas, sim, permitir que as entidades possam negociar a melhor solução para as suas necessidades. Repita-se, não se busca com esse dispositivo reduzir direitos dos trabalhadores, mas apenas permitir que regras rígidas da CLT possam ser disciplinadas de forma mais razoável pelas partes, sem que haja o risco de serem invalidadas pelo Judiciário, contribuindo para uma maior segurança jurídica nas relações de trabalho. Em suma, modernizar a legislação sem comprometer a segurança de empregados e empregadores. (...) A proposta de se estimular o resultado das negociações coletivas, contudo, tem que estar diretamente relacionada com uma estrutura sindical em que as entidades sejam mais representativas e mais democráticas. Embora reconheçamos a existência de inúmeros sindicatos altamente representativos, não podemos fechar os olhos para a outra realidade do nosso sistema sindical, em que proliferam sindicatos de fachada. E, nesse ponto, temos a convicção de que a sugestão de retirar a natureza de imposto da contribuição sindical, tornando-a optativa, será de fundamental importância no processo de fortalecimento da estrutura sindical brasileira”.

se encontra sujeita aos mesmos limites que a autonomia individual (...) Não se pode tratar como absolutamente incapaz e imputável para a vida civil toda uma categoria profissional, em detrimento do explícito reconhecimento constitucional de sua autonomia coletiva (art. 7º, XXVI, da CF). As normas paternalistas, que podem ter seu valor no âmbito do direito individual, são as mesmas que atrofiam a capacidade participativa do trabalhador no âmbito coletivo e que amesquinham a sua contribuição para a solução dos problemas que o afligem. É através do respeito aos acordos negociados coletivamente que os trabalhadores poderão compreender e aperfeiçoar a sua capacidade de mobilização e de conquista, inclusive de forma a defender a plena liberdade sindical. Para isso é preciso, antes de tudo, respeitar a sua voz”.

Em um segundo precedente, prestigiou-se a negociação coletiva como forma de autocomposição de conflitos coletivos de trabalho e admitiu-se, mediante concessões recíprocas, a possibilidade dos instrumentos negociados para a redução de direitos trabalhistas⁶¹.

Algumas advertências se mostram convenientes. É compreensível o temor de retrocessos quando se aposta na negociação coletiva como fonte ampliada de regulação do trabalho, dada a tradição brasileira⁶² estatizante e heterônoma

61 “TRABALHISTA. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. TRANSAÇÃO DO CÔMPUTO DAS HORAS *IN ITINERE* NA JORNADA DIÁRIA DE TRABALHO. CONCESSÃO DE VANTAGENS DE NATUREZA PECUNIÁRIA E DE OUTRAS UTILIDADES. VALIDADE. 1. Conforme assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 590.415 (Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 29.05.2015, Tema nº 152), a Constituição Federal ‘reconheceu as convenções e os acordos coletivos como instrumentos legítimos de prevenção e de autocomposição de conflitos trabalhistas’, tornando explícita inclusive ‘a possibilidade desses instrumentos para a redução de direitos trabalhistas’. Ainda segundo esse precedente, as normas coletivas de trabalho 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’. 2. É válida norma coletiva por meio da qual categoria de trabalhadores transaciona o direito ao cômputo das horas *in itinere* na jornada diária de trabalho em troca da concessão de vantagens de natureza pecuniária e de outras utilidades. 3. Agravos regimentais desprovidos. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, pois não houve prévia fixação de honorários advocatícios na causa.” (STF, RE 895.759 AgR-segundo, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, j. 09.12.2016, DJe-107 divulg. 22.05.2017, public. 23.05.2017)

62 Mesmo no estudo da nossa disciplina jurídica, culturalmente, negligenciamos o papel da negociação coletiva e do direito sindical como um todo. Como mostra Amauri Mascaro Nascimento, a ordem cronológica da exposição das matérias do direito do trabalho não é uniforme, mas, no Brasil, inicia-se pelo direito individual do trabalho, porque é da nossa tradição legislativa dar realce às relações individuais de trabalho como manifestação do seu intervencionismo estatal que interferiu na autonomia individual para proteger o trabalhador, assumindo o Estado o papel de elaborador de um padrão mínimo, automaticamente inserido como conteúdo mínimo dos contratos. Desse modo, os cursos tratam, inicialmente, do contrato individual de trabalho, sujeitos a jornada de trabalho, repouso semanal remunerado, férias, salário, regulamentações especiais e, de modo mais resumido, dos sindicatos, negociação coletiva e greve, sequência que, de certo modo, se reflete, também, em nossos livros didáticos. Na Europa, dá-se preferência para o direito coletivo do trabalho, de modo que os cursos e os livros, começam expondo a liberdade sindical, a

neste campo e, também, porque ainda está por ser realizada a indispensável Reforma Sindical com vistas ao fortalecimento das entidades sindicais e a busca de maior representatividade dos agentes negociadores, em especial por meio da consagração da ampla liberdade sindical nos moldes democráticos consagrados pela Convenção nº 87 da OIT.

4.2 – A articulação entre os níveis de negociação coletiva no Brasil: rumo à descentralização negocial

A nova redação do art. 620 da CLT despertou muitas reações. Tradicionalmente, não se admitia que um acordo coletivo de empresa pudesse dispor de maneira menos favorável que a convenção coletiva de trabalho.

Convém recordar que a figura do acordo coletivo de trabalho, negociado entre empregador e o sindicato profissional, foi introduzida em nosso país na década de 1960. Até então, apenas existia a negociação coletiva categorial, da qual resultava a figura do então denominado contrato coletivo de trabalho⁶³.

A Reforma de 2017 (Lei nº 13.467/2017) veio a prestigiar – como sucedeu no caso da Itália e da Espanha – o acordo coletivo de empresa como epicentro do sistema normativo juslaboral, o qual passará a ter prioridade aplicativa sobre as demais fontes, no caso, a convenção coletiva de trabalho, sujeitando-se, por óbvio, aos mesmos limites que esta frente à lei. É o que se denomina de modelo descentralizado de negociação coletiva.

Não se ignora que, além desta novidade introduzida em 2017, entre os níveis de negociação coletiva, o Brasil, na década de 1990 pretendeu criar mais um nível de negociação, ao prever a figura do “contrato coletivo” intercategoriais, inspirado no modelo de contratação coletiva articulada italiano, iniciativa contudo que, entre nós, não foi regulamentada. Constituiria um novo nível de negociação coletiva, eis que o Brasil nasceu com o nível da categoria e, na década de 1960, passou a prever a empresa (o acordo coletivo). Previsto em alguns diplomas legislativos esparsos, mas sem precisão conceitual, o contrato coletivo de trabalho foi denominado como “um corpo sem rosto”, para depois tornar-se uma proposta abandonada.

José Francisco Siqueira Neto, nos anos 1990, pontuou que a articulação de institutos de um sistema não deve ser feita de forma isolada sem conside-

negociação coletiva, os conflitos coletivos, a representação dos trabalhadores na empresa, a cogestão da empresa, os sindicatos e o Estado, e depois as relações individuais de trabalho (NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 69).

63 A expressão “contrato coletivo” remanesceu, por exemplo, nos arts. 444 e 462 da CLT.

rarem-se outros institutos e, no caso de uma negociação coletiva “global”, de amplo espectro intercategoriais e até nacional (como era a proposta do contrato coletivo), esta seria inoperante sem que fosse precedida de uma reforma na estrutura sindical. Sublinhou que o nível, o conteúdo e as formas de negociação dependem de cada realidade e da estrutura. Ou seja, os vários institutos que compõem o processo de negociação é que vão determinar sua abrangência e função numa dada sociedade. A negociação coletiva pode ser estruturada numa perspectiva mais restrita, voltada a problemas salariais ou a determinados assuntos permitidos pela lei, como também pode estruturar-se de forma a possibilitar negociações em todos os âmbitos: intercategoriais, por ramos de atividade, até na própria empresa. Tudo, porém, depende da forma pela qual a negociação é concebida e regulada em um dado sistema de relações de trabalho. Para este autor, um novo sistema brasileiro de relações de trabalho deve valorizar a negociação coletiva de trabalho como fonte de criação do direito do trabalho, sem, contudo, desprezar as fontes heterônomas, que deverão atuar em sintonia com os interesses dos agentes do mundo do trabalho. E este novo sistema deverá valorizar a negociação coletiva de trabalho na perspectiva democrática, redefinindo o papel do Estado nas relações de trabalho e norteando toda sua atuação pela participação dos agentes do mundo do trabalho⁶⁴.

4.3 – Considerações finais: o art. 620 da CLT e suas alterações

Declarava o revogado art. 620 da CLT: “As condições estabelecidas em convenção quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo”.

À luz da antiga redação, pôs-se o debate acerca da definição do que seria a norma mais favorável quando existentes dois instrumentos coletivos: se a comparação deveria levar em conta cada dispositivo isolado (teoria da acumulação), se todo o instrumento coletivo (teoria do conglobamento)⁶⁵ ou se os dispositivos relacionados a determinada matéria (teoria do conglobamento por institutos), sendo esta a predominante na doutrina estrangeira e nacional.

O art. 620 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, como já decidido pelo TST⁶⁶. E a jurisprudência dominante consolidada, aco-

64 SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo de trabalho: requisitos e condicionantes para sua implantação no Brasil. In: *O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século*. Campinas: CESIT/Scritta, 1994. p. 245-259.

65 Uma apresentação aprofundada de tais teorias pode ser consultada na obra LONGHI, Dânia Fiorin. *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.

66 “Recurso de revista. Conflito entre convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho. norma mais favorável. Consoante a jurisprudência desta Corte, o art. 620 da CLT foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por não haver incompatibilidade entre o referido dispositivo de lei e os fundamentos

lheu a tese de que a norma mais favorável é verificada por meio da teoria do conglobamento, ou seja, analisa-se todo o conteúdo de ambos os instrumentos normativos para se decidir pela aplicação de um desses no caso concreto. Há, ainda, decisões do TST que sustentam que a CCT deverá prevalecer quando mais favorável⁶⁷.

Amauri Mascaro Nascimento defendia há anos que a teoria que deveria prevalecer para solucionar o conflito de normas coletivas era a *teoria da especificidade*, sem se perder de vista que os diversos níveis de contratação coletiva evocam a necessidade de uma interpretação que considere a função de cada um. Segundo esse autor, há acordos nacionais que podem fixar mínimos inderrogáveis, obrigatórios para as instâncias negociais menores; e acordo de empresa, para evitar dispensas coletivas, e que podem suspender, temporariamente, os contratos individuais de trabalho como forma de defesa do emprego; existem regras gerais de interesse de uma profissão fixadas pelos contratos coletivos de sindicatos de categorias diferenciadas; numa região do país, os sindicatos podem ser suficientemente fortes para atuar perante o poder econômico, em outras, a situação não é igual.

Mesmo antes da Reforma Trabalhista de 2017 já existia uma corrente doutrinária e jurisprudencial que optava pela aplicação do acordo coletivo de

e regras estabelecidos na Constituição Federal. Assim, à luz do art. 620 da CLT, as condições estabelecidas em convenção coletiva, quando mais favoráveis, prevalecem sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho. Há precedentes. Recurso de revista não provido.” (RR 12000-56.2008.5.01.0080, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, j. 14.05.2013, 6ª Turma, publ. 17.05.2013).

67 “Agravo de instrumento. Recurso de revista. Acordo coletivo e convenção coletiva. Prevalência. Inteligência do art. 7º, *caput*, da CF e do art. 620 da CLT. Princípio da norma mais favorável. Decisão denegatória. Manutenção. No quadro de conflito de regras entre os preceitos normativos de convenção e acordo coletivos, a ordem justralhista tem regra explícita a respeito, estipulando que as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo coletivo de trabalho (art. 620 da CLT), em inteira harmonia com o *caput* do art. 7º da Constituição, que incorpora o princípio da norma mais favorável. Está claro, portanto, que a Consolidação determina a preponderância da convenção coletiva sobre o acordo coletivo como fórmula para se cumprir o princípio da norma mais favorável, afastando-se o critério oriundo do Direito Civil relativo à especificidade. Porém, se o acordo coletivo for mais favorável, ele há de prevalecer, evidentemente. A lógica normativa justralhista explica-se: é que interessa ao Direito Coletivo valorizar os diplomas negociais mais amplos (como as convenções coletivas), pelo suposto de que contêm maiores garantias aos trabalhadores. Isso ocorre porque a negociação coletiva no plano estritamente empresarial (como permite o ACT, embora com o reforço participatório do sindicato) inevitavelmente reduz a força coletiva dos obreiros: aqui eles não agem, de fato, como categoria, porém como mera comunidade específica de empregados. A propósito, não é por outra razão que o sindicalismo de empresa é considerado uma via de submissão sindical à força do polo empregador. De todo modo, não se pode olvidar que a Constituição fixa império da norma mais favorável, em seu art. 7º, *caput*, preceito magno que mais ainda reforça o disposto no art. 620 da CLT. Assim sendo, não há como assegurar o processamento do recurso de revista quando o agravo de instrumento interposto não desconstitui os fundamentos da decisão denegatória, que subsiste por seus próprios fundamentos. Agravo de instrumento desprovido.” (AIRR 264-12.2010.5.09.0965, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, j. 28.11.2012, 3ª Turma, publ. 30.11.2012)

trabalho em razão do critério de especialidade (norma específica), mas também pelo fato de que se cuidava de uma norma coletiva assinada pelo mesmo sindicato profissional que subscrevera a convenção coletiva de trabalho, por necessidades mais concretas e específicas, de modo que não haveria razão para ignorar o pacto validamente firmado entre os sujeitos estipulantes envolvidos.

Nesse sentido, desde os anos 2000, parte da doutrina já apostava na negociação no local de trabalho, descentralizada, ou por empresa, sob a aspiração de que nesse tipo de negociação descentralizada as peculiaridades de cada estabelecimento ou empresa seriam melhor atendidas.

Os Tribunais brasileiros também foram sensíveis à aplicação da teoria da especialidade, prestigiando a negociação direta realizada entre as partes interessadas. Segundo tais decisões, os acordos coletivos representariam avenças mais específicas firmadas entre as empresas e os sindicatos representativos de seus empregados e, por essa razão, deveriam prevalecer em relação às convenções coletivas de trabalho que espelham situações mais globais, não ocorrendo violação ao princípio da norma mais benéfica.

No entanto, não era esse o pensamento dominante, com o que havia grande insegurança jurídica de empresas que haviam celebrado acordos coletivos de trabalho, com cláusulas diversas, terem o risco de, perante o Judiciário, terem tais cláusulas inaplicadas e serem condenadas ao pagamento das cláusulas previstas na convenção coletiva de trabalho, sem qualquer possibilidade de reaver as vantagens que concedera ao longo do contrato de trabalho oriundas do acordo coletivo de trabalho que até então observava.

Ronaldo Lima dos Santos confirmava, já em 2009, a tendência de aplicação do princípio da especialização que faz prevalecer a norma especial sobre a geral na hipótese de conflito entre elas, mas ressaltava que a prevalência da norma mais favorável é realmente o princípio fundamental para a resolução de conflitos entre contratos coletivos. No entanto, segundo esse autor, “um acordo coletivo que, em princípio, apresenta-se menos favorável para os trabalhadores de determinada empresa em comparação com a convenção coletiva da categoria, pode apresentar-se mais idôneo para reger as peculiaridades da realidade da coletividade de trabalhadores para a qual foi elaborado. Um acordo nesse sentido pode tornar-se imediata e efetivamente mais favorável para a coletividade de trabalhadores, obstando os prejuízos que poderiam advir de uma convenção coletiva que se apresentaria imediata e nominalmente mais vantajosa. Por esse

critério, aplica-se a norma mais favorável, salvo se a norma mais específica reger uma situação peculiar de determinada coletividade de trabalhadores, que viriam a ser prejudicados pela aplicação de uma norma geral”⁶⁸.

Não se ignora, por óbvio, que a negociação por empresa desperta importante papel no atual cenário econômico e social, sobretudo se considerarmos pequenas e médias empresas, que nem sempre têm condições de observar as convenções coletivas da categoria. Octávio Bueno Magano, porém, alertava que a adoção da posição poderia ser perigosa na medida em que colocaria em risco os direitos alcançados pela categoria por meio da convenção coletiva de trabalho⁶⁹.

Assim, a Reforma de 2017 veio a trazer nova redação ao art. 620, o qual consagrou a tese da prioridade aplicativa do acordo coletivo de trabalho (celebrado em nível de empresa) sobre a convenção coletiva de trabalho (celebrada em nível de categoria). E estabeleceu que o acordo coletivo sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva: “Art. 620. As condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Estabeleceu-se, com uma maior segurança jurídica conferida pelo legislador, um campo de abertura e prioridade aplicativa do acordo coletivo de empresa sobre a convenção coletiva categorial, caso ele seja negociado, ainda que menos favorável. As partes subscritoras do pacto não terão, de acordo com a Reforma, risco de o Judiciário desconsiderar o ajuste de empresa sob o pretexto e uma interpretação (ainda que com base na teoria do conglobamento) de que as cláusulas da convenção coletiva de trabalho, como um todo, constituiriam um diploma mais favorável.

Percebe-se que o tema da prioridade aplicativa do acordo de empresa constitui um desdobramento de uma ênfase ao modelo negociado; é uma dimensão deste. Como mostrava Amauri Mascaro Nascimento, no modelo considerado “negociado”, como há uma descentralização dos instrumentos coletivos negociados em função de cada empresa, sendo as normas jurídicas descentralizadas, são adequadas a cada realidade subjacente, como é possível quando as condições de trabalho são fixadas por meio de acordos coletivos

68 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009. p. 293. É deste autor a teoria da necessidade de motivação do instrumento, tomado como negócio jurídico causal, bem como a incidência do princípio da primazia da realidade para a análise do instrumento coletivo negociado.

69 MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990. p. 138.

locais. Esses acordos não excluem nem prejudicam a elaboração de acordos mais amplos, municipais, regionais ou mesmo nacionais, mas quem decidirá sobre o seu alcance não é o Estado, e sim os próprios sujeitos da negociação e em cada situação concreta⁷⁰.

O debate que se instituiu em nosso país – e que, em nosso sentir, está mal enunciado – quanto à prioridade aplicativa do acordo de empresa, basicamente, passa por algumas questões a serem equacionadas. Não nos parece que se trata de interpretar a relação entre os níveis de negociação coletiva de trabalho com base no princípio da norma mais favorável, até porque parece haver relativo consenso no direito estrangeiro no sentido de que este princípio não incide sobre as relações coletivas de trabalho, e tampouco no modo como se articulam dois níveis de negociação coletiva de trabalho⁷¹. A questão jurídica cinge-se em saber como equacionar dois (ou mais) níveis diferentes de negociação coletiva de trabalho. Trata-se muito mais de discutir a articulação entre níveis de contratação coletiva do que propriamente o princípio do tratamento mais favorável.

Acreditamos, também, que não parece haver vícios de inconstitucionalidade na Reforma no ponto em que o legislador infraconstitucional estabeleceu esta prioridade aplicativa do acordo coletivo de trabalho de empresa em detrimento da convenção coletiva de trabalho da categoria. E os fundamentos jurídicos são dois: o primeiro é o art. 7º, VI, da CF/88, que admite a negociação coletiva *in pejus*, o que também confirma a tese de que o princípio da norma mais favorável não é aplicável no âmbito das relações coletivas de trabalho; o segundo é o art. 7º, XXVI, que reconhece a validade dos acordos e convenções coletivas de trabalho não estabelece, *a priori*, nenhuma hierarquia entre estas normas autonomamente negociadas. Em reforço a este entendimento, insta recordar que, regra geral, o mesmo sindicato profissional que celebrou a convenção coletiva celebrou o acordo coletivo, tendo realizado dois juízos de ponderação e optado, no caso concreto, por realizar tratativas específicas em nível de empresa quando poderia, se quisesse, deixar de fazê-lo e até mesmo exigir o cumprimento, pela empresa, das condições já fixadas em nível categorial na convenção coletiva por meio de ação de cumprimento.

A doutrina brasileira, e mesmo alguns julgados anteriores à Reforma, já acenavam para uma inclinação à regra da especialidade para justificar a prevalência do acordo coletivo de trabalho sobre a convenção coletiva de tra-

70 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013. p. 80-81.

71 Ademais, fosse este um princípio incidente, haveria necessariamente de ser afastado um acordo coletivo de trabalho menos favorável que previsse redução temporária de salário, para resolver uma situação de crise econômica aguda de uma empresa e se aplicaria a convenção coletiva de trabalho, mais favorável, a qual poderia, no limite, até mesmo contemplar distribuição de lucros (PLR), o que não é razoável.

balho⁷². Os instrumentos coletivos negociados são negócios jurídicos causais de modo que, demonstrada uma motivação suficiente e justificada, nenhuma razão há para que se deixe de aplicar o acordo coletivo validamente negociado em nível de empresa.

A análise de sistemas de relações de trabalho quanto ao peso da negociação coletiva, seu conteúdo, abrangência, níveis, procedimento e articulação entre os níveis de contratação demonstra que todas estas variáveis não são estáticas, mas dinâmicas, podendo sofrer mutações ao longo dos anos, de modo que as vantagens de um dado modelo são as desvantagens de outro, e vice-versa. E especificamente quanto aos níveis de negociação coletiva existentes (e a estrutura e articulação entre os mesmos), também se nota que variam, podendo assumir formas mais centralizadas ou mais descentralizadas, apresentando-se esta última forma como tendência geral dos ordenamentos jurídicos. A rigor, o problema não é tanto escolher, *in abstracto*, um nível em detrimento de outro, mas de individualizar a unidade contratual eficiente com relação a um determinado problema.

O cotejo de experiências estrangeiras demonstra uma tendência de incentivo da negociação coletiva em dois sentidos: o primeiro em direção à lei, para consagrar uma maior amplitude de temas a serem regulados pela via negocial; o segundo em relação à articulação dos níveis de negociação coletiva, para tornar a empresa como *locus* privilegiado de negociação, sendo que o resultado desta tratativa, entre nós denominado acordo coletivo de trabalho, assume uma prioridade aplicativa em detrimento da convenção coletiva da categoria.

Referências bibliográficas

ALONSO OLEA, Manuel; BARREIRO GERMÁN, González. *El Estatuto de los Trabajadores*. Texto, comentários, jurisprudência. Madrid: Civitas, 1995.

BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *O particularismo do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

BAYLOS GRAU, Antonio. Unidades de negociación de convenios (en torno a los artículos 83 y 84). *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 100, mar./ago. 2000.

CASAS BAAMONDE, Maria Emilia. La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de convenios. *Relaciones Laborales*, Madrid, n. 17/18, 1994.

_____. Reforma de la Negociación Colectiva en España y sistema de relaciones laborales.

72 Sublinhava-se que muitos acordos coletivos que, nominalmente, aparentavam ser *in pejus*, mostravam-se mais favoráveis substancialmente e em conjunto. Além disso, admitia-se, conquanto de maneira contingente, a prevalência do acordo coletivo sobre a convenção com base nas circunstâncias do caso concreto, valendo-se, para essa conclusão, de fundamentos de teoria geral do direito segundo os quais regra específica (o acordo coletivo de empresa) prevalece sobre regra geral (a convenção coletiva da categoria).

DOCTRINA

- Cuadernos de Relaciones Laborales*, Madrid, v. 32, n. 2, 2014.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo. *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid. Ponencia de 10.12.2014.
- DE LUCA TAMAJO, Raffaele. Prime valutazioni e questione di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011. *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012.
- ERMIDA URIARTE, Oscar. *A flexibilidade*. São Paulo: LTr, 2002.
- _____. *Curso introductorio de relaciones laborales*. Montevideo: FCU, 1995. v. 1.
- GIUGNI, Gino. *Introduzione allo studio della autonomia collettiva*. Milano: Giuffrè, 1977.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, Elias. La estructura de la contratación colectiva: factores de determinación y consecuencias desencadenantes. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 103, p. 23, ene./feb. 2001.
- JAVILLIER, J. C. *Manuel de droit du travail*. 2. ed. LGDF, 1988.
- KHAN-FREUND, Otto. *Il lavoro e la legge*. Milano: Giuffrè, 1974.
- LONGHI, Dânia Fiorin. *Teoria do conglobamento: conflito de normas no contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- MAGANO, Octávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*. Direito coletivo do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1990.
- MARIUCCI, Luigi. *La contrattazione collettiva*. Bologna: Il Mulino, 1985.
- MARQUES, Cláudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: RT, 2012.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación: la reforma de la Ley 3/2012. In: *Lex nova laboral, lex nova*, Valladolid.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*. 37. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- _____. *Ordenamento jurídico trabalhista*. São Paulo: LTr, 2013.
- NAVARRO NIETO, F. La reforma del marco normativo de la negociación colectiva. *AEDTSS, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, San Sebastián, 17-18 mayo 2012, p. 18. Disponível em: <http://www.aedtss.com/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf>.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT. Informe de una misión de la Oficina Internacional del Trabajo. *Situación sindical y relaciones laborales en España*. Ginebra: OIT, 1985.
- _____. *Libertad sindical: recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2006.
- PEREZ DIAS, Victor. Políticas económicas y pautas sociales en la España de la transición: la doble cara del neocorporatismo. In: *España: un presente para el futuro*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 1984. v. 1.
- PERONE, Giancarlo. Diritto sindacale tra essere e dover essere. *ADL – Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 1, 2012.
- _____. *Lineamenti di diritto del lavoro*. Evoluzione e partizione della materia, tipologie lavorative e fonti. Torino: Giappichelli, 1999.

DOCTRINA

- PROIA, Giampiero. A proposito del diritto del lavoro e delle sue categorie. *Argomenti di Diritto del Lavoro*, Padova, Cedam, n. 6, 2007.
- ROMANO, Santi. *L'ordinamento giuridico*. 2. ed. Firenze: Sansoni, 1946.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Sindicatos y libertad sindical en España: dos décadas de vigência constitucional. In: GARCÍA LASO, Agustín; SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Ed.). *Sindicatos y cambios económicos y sociales*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2002.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *Teoria das normas coletivas*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- SILVA, Otávio Pinto e. *A contratação coletiva como fonte do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.
- SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Autonomia privada coletiva. In: MAIOR, Jorge Luiz Souto; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves (Org.). *Curso de direito do trabalho: direito coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. v. 3. (Coleção Pedro Vidal Neto).
- _____. Autonomia privada coletiva e o direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 26, n. 97, jan./mar. 2000.
- SIQUEIRA NETO, José Francisco. Contrato coletivo de trabalho: requisitos e condicionantes para sua implantação no Brasil. In: *O mundo do trabalho: crise e mudança no final do século*. Campinas: CESIT/Scritta, 1994.
- SUPIOT, Alain. *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.
- VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Estructura de la negociación colectiva*. Madrid: MTAS, 1996.
- _____. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, Madrid, n. 17, p. 5-28, ene./mar. 1984.
- VALLEBONA, Antonio. Dimensione degli interessi e decentramento regolativo. In: *Lavoro e spirito*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2011.

Recebido em: 25/09/2018

Aprovado em: 29/10/2018