

# A REFORMA DO DIREITO COLETIVO. PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO

Luiz Carlos Amorim Robortella

## 1 –A NOVA REALIDADE DO TRABALHO

No mercado de trabalho são cada vez mais escassos os empregos com jornada completa, prazo indeterminado, remuneração fixa e perspectivas de estabilidade.

Proliferam as modalidades atípicas criadas por lei, por negociação coletiva ou submersas na informalidade, gerando um mercado de trabalho cada vez mais heterogêneo.

Esse movimento se amplia com a multiplicação de formas precárias, além do ressurgimento do trabalho autônomo, principalmente através da terceirização.

Novas tecnologias aumentam a heterogeneidade ao dividir os trabalhadores a partir do grau de conhecimento e informação.

O teletrabalho dispersa os trabalhadores, levando-os a atuar a partir de locais diversos, até mesmo suas próprias casas e oficinas, sem proximidade física, desconcentrando o processo produtivo.

O referencial do emprego está sendo perdido. Fala-se no fim dos empregos e na necessidade de uma nova estratégia para gerar ocupações fora dos padrões estritos da economia de mercado, como atividades comunitárias e outras.

Essa heterogeneidade se manifesta dentro de cada um dos sistemas e subsistemas do mercado. Põe em cheque a visão coletivista do direito do trabalho, que oferece proteção igual a todos os trabalhadores; agora, é necessário reconhecer as desigualdades, que reclamam diferentes técnicas de proteção, adequadas aos diversos níveis e situações, a fim de que os desiguais sejam encarados em sua desigualdade.

Fenômeno semelhante ocorre com a empresa capitalista, que exige o reconhecimento de seus diferentes tamanhos e diversos ciclos de produção, bem como os divergentes interesses no conjunto da economia, a exigir tratamento diferenciado. A empresa moderna, fora de seu núcleo



Luiz Carlos Amorim Robortella

Advogado – Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo – Professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie (1974-1995) - Professor Titular da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP (2000-2008).

estratégico, opta por contratos precários. A ordem é só contratar trabalhadores quando e onde necessário.

O trabalho, além de precário, não mais se concentra no mesmo local, na velha concepção da indústria clássica, fordista, que reúne os operários em um ou poucos estabelecimentos, para a prestação de serviços.

O teletrabalho, com a dispersão dos trabalhadores em inúmeros locais diferentes, inclusive suas próprias casas, desconcentra os processos produtivos.

É visível a implosão da empresa tradicional, com a revolução ou industrialização dos serviços, que expande a subcontratação. As grandes corporações vêem-se rodeadas de micro ou pequenas empresas.

É um fenômeno que contribui para a crescente heterogeneidade. Hoje a empresa opta pelo mercado de bens ou serviços terceirizados.

A globalização, a desindustrialização, a terceirização, a nova tecnologia e outros fatores desconcentram o processo produtivo, precarizam as condições de trabalho e geram desemprego.

Estão em cheque três dados do mercado de trabalho clássico: homogeneidade, continuidade e concentração física.

Estas, portanto, as bases ideológicas em que deve assentar a indispensável reforma do direito coletivo.

## 2 – PRINCÍPIOS BÁSICOS

A - Regime de plena liberdade sindical, com eliminação da unicidade, contribuição obrigatória e sindicalização por categoria, com ratificação da Convenção 87 da OIT.

B – Período de transição de 5 anos, ao longo do qual se manterá a unicidade sindical e a sindicalização por categorias; a contribuição será reduzida em 20% por ano. Haverá liberdade de criação de novos sindicatos, os quais, ao fim de 5 anos, adquirirão plena capacidade de negociação coletiva.

C- Arbitragem facultativa da Justiça do Trabalho, a pedido conjunto dos interessados.

D - Na greve em atividade essencial que ameace as instituições ou a ordem pública, arbitragem de ofertas finais pela Justiça do Trabalho, por iniciativa do MPT.

E - Validade da norma coletiva restrita a 90 dias após a vigência da convenção ou do acordo.

F - Liberdade de conteúdo da negociação, observados os direitos fundamentais do trabalho.

G - Substituição processual pelo sindicato nos direitos individuais homogêneos.

H - Responsabilidade civil do sindicato por danos causados a direitos individuais e coletivos, tanto por seus prepostos como no caso de greve

I – Participação do Estado e do sindicato na dispensa coletiva.

J - Garantias aos dirigentes sindicais e representantes no local de trabalho.

As empresas brasileiras têm consciência da necessidade de melhoria da competitividade através de investimento em qualidade e produtividade. Para tanto, devem cada vez mais negociar com os sindicatos, investir em tecnologia, educação, formação e reciclagem dos trabalhadores.

Consequentemente, deverá se ampliar o conteúdo da negociação, para incluir itens como qualificação profissional, tecnologia, produto, mercado e preço.

Assim, um projeto de emenda constitucional deve conter as seguintes premissas:

- a) liberdade sindical, inclusive para criação de sindicatos, sem observância do critério de categorias profissionais ou econômicas, bem como de se associar ou não;
- b) fim do monopólio de representação gerado pela unicidade sindical obrigatória;
- c) supressão da contribuição sindical obrigatória;
- d) emenda ao artigo 7º, acrescentando ao “caput” a expressão “observado o disposto em lei, convenções coletivas e acordos coletivos”.

Isto propiciará um modelo trabalhista assentado em:

- a) núcleo mínimo de normas inderrogáveis, aplicáveis a quaisquer trabalhadores;
- b) normas dispositivas, só aplicáveis na falta de convenção ou acordo coletivo;
- c) prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva;
- d) prevalência do contrato individual, quando mais favorável.

O núcleo mínimo inclui normas relativas à dignidade do trabalhador, duração do trabalho, descanso, salário mínimo, condições ambientais, medicina e segurança do trabalho, fiscalização, formação profissional, política de emprego, seguro-desemprego, proteção ao sindicato e à ação sindical.

Já as normas dispositivas, ao contrário, são revogáveis por convenção ou acordo coletivo.

### 3. NOVO PERFIL DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O mercado de trabalho tende a dispersar os trabalhadores, o que afeta o movimento sindical.

Há razões como a desconcentração e aumento da proporção das pequenas e médias empresas; mudanças tecnológicas que poupam mão-de-obra; aumento da competição internacional; transformações na administração de recursos humanos, que disputam com o sindicato a fidelidade dos empregados; flexibilização; terceirização; aumento do desemprego”.<sup>1</sup>

No mercado de trabalho há várias mudanças: diminuição do antigo proletariado industrial no interior da sociedade e crescimento dos trabalhadores com maior qualificação educacional formal e profissional; ampliação do trabalho precário.

O individualismo valoriza projetos pessoais e compromete a consciência coletiva. É mais difícil a identificação do trabalhador com interesses gerais ou coletivos.

O sindicato precisa aproximar-se do recinto da empresa, para atuar junto aos problemas concretos do trabalhador.

Essa reaproximação permite enfrentar dificuldades cíclicas ou conjunturais que afetam a atividade empresarial.

Os trabalhadores, as empresas e o Estado são agentes independentes, com objetivos, valores e poderes próprios.

O processo pluralista de formação das normas jurídicas é a direção para a qual caminha

1 RODRIGUES. Iram Jácome. Transformações no mundo do trabalho e dilemas do sindicalismo. Revista do direito do trabalho. São Paulo Revista dos Tribunais, 2005, n. 117, p. 75.

o direito.

Os sindicatos devem se voltar para o conjunto do mercado de trabalho e não apenas para seus associados; deve interessar-se pelos desempregados, informais, eventuais, precários etc.

A lei, por sua generalidade e abstração, é incapaz de atender à heterogeneidade do mercado de trabalho, às diferenças entre pequenas e grandes empresas, e menos ainda resolver o grave problema do trabalho informal.

Por tudo isto, a intocabilidade ou sacralização dos direitos individuais adquiridos em face de normas coletivas se afigura incompatível com o dinamismo do mercado de trabalho.

Mediante certos pressupostos, deve a negociação coletiva dispor de espaço normativo suficiente para modificar condições contratuais ou mesmo derrogar cláusulas benéficas, criadas em circunstâncias sociais e econômicas diversas<sup>2</sup>

A depender da conjuntura econômica e social, a norma legal ou convencional pode gerar resultados distintos, devendo por isto ser interpretada em harmonia com a realidade que a cerca. Em outras palavras, a norma favorável em período de prosperidade pode, em épocas de crise, prejudicar o interesse coletivo ou mesmo individual do trabalhador. Por isto mesmo, o conceito de norma favorável está sendo relativizado.

Quando se trata de substituir uma convenção coletiva por outra, admite a doutrina a modificação "in pejus", com supressão ou

modificação de determinados benefícios, desde que seja a expressão da vontade do grupo.

Não se pode argumentar com a desigualdade das partes ou dificuldade de fazer atuar a vontade individual do trabalhador quando a alteração se faz mediante negociação coletiva, onde é garantida a igualdade das partes.

Os acordos coletivos efetivamente não têm a vocação da eternidade.

Por outro lado, as vantagens coletivamente obtidas, ainda que resultando em benefícios individuais, não perdem sua natureza de normas produzidas de forma coletiva e autônoma, com duração predeterminada. Não há como garantir direitos, mesmo que projetados em relações individuais, quando não mais correspondem à vontade do grupo.

#### 4. INCORPORAÇÃO DA NORMA COLETIVA

A teoria da incorporação preconiza a integração aos contratos individuais das normas acordadas, mesmo após a perda de vigência do instrumento coletivo, pois já teriam aderido de forma automática e irreversível.

É o que está, lamentavelmente, consagrado na Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho.

Muitos rejeitam essa teoria, considerando-a fator de rigidez e empobrecimento da negociação coletiva e do papel dos sindicatos.

A incorporação restringe o âmbito da negociação coletiva e debilita o sindicato, que se vê impotente para responder a situações adversas que afetam a empresa e os trabalhadores. A liberdade de negociar, para melhor, mas também para pior, é prerrogativa

<sup>2</sup> Daubler, Wolfgang, "Direito do trabalho e sociedade na Alemanha", S. Paulo, LTr, 1997, p. 150

que enriquece a ação sindical.<sup>3</sup>

Na doutrina espanhola, o direito adquirido deriva sempre de condições mais benéficas negociadas individualmente pelas partes, não se podendo adotar o mesmo critério quando se trata de projeção de normas coletivas em contratos individuais, sob pena de se congelar a ordem pública.

SANTIAGO PÉREZ DEL CASTILLO faz analogia com a revogação da lei, a qual, a partir desse momento, não mais incide sobre a relação jurídica.<sup>4</sup>

Para MONTOYA MELGAR, a manutenção de condições mais benéficas contidas em normas coletivas, como se direitos adquiridos fossem, bloqueia a regulação, convencional e até mesmo estatal, das condições de trabalho. Ademais, cria dois tipos de trabalhadores, com regimes distintos, inviabilizando o planejamento empresarial.<sup>5</sup>

Se a própria lei não se incorpora ao contrato individual de trabalho, o mesmo se dá com a norma coletiva. Somente condições individualmente negociadas é que não podem mais ser retiradas ou alteradas para pior, segundo Krotoschin.<sup>6</sup>

A norma coletiva, por pertencer à classe das normas jurídicas autônomas, ao lado das heterônomas, não se confunde com a cláusula contratual e, assim, tem validade restrita ao

período de vigência. Somente as cláusulas contratuais ajustadas individualmente aderem de forma absoluta à relação jurídica individual.<sup>7</sup> Como diz ARION SAYÃO ROMITA, “as fontes formais do Direito do Trabalho não se inserem nos contratos individuais. A ninguém acudiria a ideia de que os dispositivos da Constituição que tratam de temas trabalhistas se incorporam aos contratos de trabalho, ou que os dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho ou da Lei do FGTS ou da Lei de Greve etc. passam a fazer parte do contrato individual de trabalho. Se a convenção coletiva de trabalho é fonte de direito, os efeitos que suas cláusulas irradiam sobre o contrato individual são os mesmos produzidos pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais”.<sup>8</sup>

É certo que em alguns casos a atitude do sindicato continua defensiva, tratando de manter direitos adquiridos e buscando a aplicação da nova norma coletiva apenas aos futuros empregados. Entretanto, adotar essa postura significa admitir que as normas anteriores só atendem a situações passadas, não mais se adequando às exigências do presente ou do futuro.

Ademais, gera uma incongruência terrível. O empregado, na assembléia sindical, pode votar pela alteração da norma coletiva para pior, eis que, com a incorporação, não será por ela atingido, mas apenas os contratados na vigência da nova regra. Não há nada mais injusto e discriminatório.

Na Espanha, é comum incluir nos acordos

3 Autonomía colectiva, autonomía individual e irrenunciabilidad de derechos”, Cuadernos de Investigación del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, n. 22, 1991, p. 14.

4 “Estudos sobre as fontes do direito do trabalho”, LTr, 1998, São Paulo, p. 59.

5 Perez delCastillo, p. 59

6 idem, ibidem

7 Delgado, Mauricio Godinho, “Introdução ao direito do trabalho”, LTr, 1995, São Paulo, pp.201/202.

8 “Efeitos da cessação de vigência da convenção coletiva de trabalho”, T&D 23, dezembro 1999, pp. 64/74.

cláusula prevendo a possibilidade de descumprimento de certas normas em face de fatos econômicos futuros que as tornem inviáveis. É uma forma de aplicação da velha regra “rebus sic stantibus”, que a doutrina civilista desenvolveu como teoria da imprevisão.

Na Itália, o artigo 2074 do Código Civil admite a ultravigência ou ultratividade da norma coletiva, após o período de validade, até que sobrevenha outro contrato coletivo. Não se aplica, entretanto, aos chamados contratos coletivos de direito comum, que predominam no direito italiano.<sup>9</sup>

No direito francês, lembra RENATO RUA DE ALMEIDA que não há a incorporação definitiva da norma coletiva ao contrato individual salvo, excepcionalmente, em se tratando de vantagem adquirida pelo empregado na esfera individual, não-dependente de evento futuro e incerto. Assim, por exemplo, se o empregado, na vigência da norma que assegura estabilidade em face de acidente do trabalho, vem a sofrer o infortúnio, a terá automaticamente incorporada ao seu patrimônio individual, mesmo após a expiração do prazo da convenção coletiva.<sup>10</sup>

O mesmo não se dá com outras vantagens, que dependem da prática de atos jurídicos futuros, como por exemplo, períodos de férias mais longos, adicionais de hora extraordinária maiores, prêmios ou gratificações condicionados à produtividade. Tais condições, por se condicionarem a eventos futuros e incertos, não resistem ao final da

vigência da norma coletiva, sendo reguladas pelas normas temporalmente em vigor.

Basicamente, pois, assim se podem alinhar os argumentos contra a teoria da incorporação:

- a) as convenções coletivas têm vigência temporária;
- b) os direitos provenientes de negociação coletiva subordinam-se à vontade coletiva e não à individual; se esta inexistir, desaparecem aqueles;
- c) a negociação deve ser flexível e adaptável à realidade;
- d) o sindicato vê enfraquecido seu papel de defesa do grupo quando é impedido de negociar livremente e ajustar novas condições de trabalho;
- e) cria diferentes tipos de trabalhador, inviabilizando o planejamento empresarial e ensejando discriminação;
- f) até mesmo a norma legal só se aplica aos contratos individuais durante seu período de vigência;
- g) somente as normas negociadas individualmente é que podem aderir definitivamente ao contrato, com o “status” de direito adquirido;
- h) adquiridos são os direitos cujo implemento de condição se dá na vigência da norma coletiva, os quais efetivamente se incorporam ao patrimônio do trabalhador.
- i) a negociação coletiva cria normas jurídicas e não cláusulas contratuais;
- j) a incorporação da norma coletiva deve também ficar condicionada à vontade expressa das partes, no instrumento respectivo.

9 Giugni, Gino, “Direito sindical”. LTr, 1991, São Paulo, pp. 146/147

10 “Das cláusulas normativas das convenções coletivas de trabalho: conceito, eficácia e incorporação nos contratos individuais de trabalho”, LTr 60-12/1604, dezembro de 1996

## 8. OBSERVAÇÕES FINAIS

Os críticos da reforma não entendem o papel do Estado, dos sindicatos e das empresas nas relações de trabalho do século XXI.

Duvidam da capacidade negociadora das partes. Não percebem que a realidade se revoltou contra a CLT e lhe deu as costas. Não enxergam o mercado informal, que institui a pior das flexibilidades. Não se interessam pelos desempregados, mas apenas pelos empregados com carteira assinada.

A geração de empregos não é problema exclusivo da empresa. É também dos sindicatos e da sociedade.

Por outro lado, a prevalência da negociação coletiva sobre a lei submete-se a muitos limites, tais como a Constituição Federal, as leis complementares e outras, de natureza tributária, previdenciária, assim como as relativas ao FGTS, programa de alimentação e vale transporte.

Para os sindicatos com fragilidade negocial, pode-se apelar para a atuação da central sindical, confederação ou federação. Em suma, a reforma deve oferecer mais plasticidade à legislação do trabalho. A CLT permanece para quem a queira. Os que optarem por regras distintas, mais ajustadas à realidade, poderão estabelecê-las mediante negociação coletiva.

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

A lei deve ser útil à sociedade. Quando se divorcia do fato social, perde sentido e substância. A CLT tem mais de 70 anos e sua filosofia é a velha proteção abstrata, genérica, estendida autoritariamente a todos os trabalhadores, através da lei estatal. Não valoriza o direito coletivo. Tudo está na lei.

Mas a realidade é que as empresas não cumprem, os sindicatos não negociam e o Estado não consegue impor a observância da aparatosa legislação; ao contrário, até interfere para anular cláusulas livremente negociadas, através do Ministério Público do Trabalho.

A experiência revela que a norma produzida pelos interessados, sindicatos e empresas, é mais respeitada e melhor entendida. Ao contribuir para a produção da norma, o sindicato se anima a fiscalizar e organizar os trabalhadores, dentro e fora da empresa.

É cada vez mais importante a participação sindical nos mecanismos de regulação do mercado de trabalho.

A negociação coletiva integra hoje o mais moderno repertório de técnicas de gestão de recursos humanos e administração empresarial. Assume caráter estratégico, implicando avanços e recuos, conforme as exigências da conjuntura econômica e social.

Há muito tempo os órgãos internacionais, dentre eles a OIT, reconhecem a importância política e econômica da negociação coletiva, como se vê na Declaração de Filadélfia e nas Convenções n. 98 e 154.

A novidade está em sua cristalização como metodologia de composição de interesses contrapostos, que permite a mais ampla participação política, social e econômica dos sindicatos, em processo de verdadeira cogestão,

bem como sua adoção como instrumento da moderna técnica de gerenciamento e administração empresarial.

A lei deve ceder espaço à negociação coletiva. Os trabalhadores devem ser reconhecidos como cidadãos da empresa, com capacidade para, coletivamente, resolver as questões entre capital e trabalho. Não podem ser tratados como incapazes. A empresa não é um campo de batalha.

O sindicato não deve atuar apenas no conflito, mas também em parceria com o capital, conforme as circunstâncias.

À empresa cabe contribuir para o desenvolvimento econômico, gerar lucros aos seus acionistas, propiciar qualidade de vida aos trabalhadores e estimular sua integração.

O protecionismo moderno não é mais estático, baseado na lei, mas sim dinâmico, ancorado na negociação coletiva. Quanto mais próxima da empresa, mais sintonizada estará com as aspirações de trabalhadores e empresários.

As medidas intervencionistas no mercado de trabalho têm buscado reduzir o custo do trabalho, em harmonia com a moderna concepção do direito do trabalho, que se volta para a produção e o mercado.

Não há mais lugar para o elemento utópico que sempre marcou a dogmática trabalhista. A proteção ao empregado continua, mas tem ao seu lado outros valores como a sobrevivência da empresa e a governabilidade.

A intocabilidade dos direitos adquiridos é incompatível com o dinamismo do mercado de trabalho. A própria Constituição de 1988 proclama o princípio da flexibilização de direitos, mediante controle sindical.

Não podemos mais aferrar-nos à

estabilidade no emprego, às funções rígidas, a salários irreversíveis, à acumulação progressiva e permanente de conquistas.

O direito tem um papel importante nesse processo. Não pode se manter neutro: deve acompanhar a realidade e ser útil à sociedade.

Cabe aos operadores jurídicos possibilitar a criação de um “workfarestate”, como evolução do “welfarestate”, onde, sem esquecer os princípios da solidariedade social, seja possível criar empregos ou ocupações para todos.

O conceito de norma mais favorável e de direito adquirido deve ser relativizado a fim de que se destaque a imperatividade da lei em face do contrato individual, mas não das normas coletivas.

Através da negociação coletiva, envolvendo matérias antes impensáveis no campo das relações de trabalho, o sindicato pode contribuir para o desenvolvimento econômico e social.

São Paulo, verão de 2017.