

NEGOCIADO X LEGISLADO – A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: ALGUMAS NOTAS

João Leal Amado*

I – O PRINCÍPIO DO TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL

É sabido que o chamado “princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador” constitui, historicamente, um princípio nuclear, uma diretriz principiológica que governa as relações entre a lei e a convenção coletiva¹, sempre que estas duas fontes de direito laboral se encontram em concorrência. Ora, pode dizer-se que o significado essencial do “princípio do tratamento mais favorável”, não raras vezes designado pela doutrina como “princípio do *favor laboratoris*”, enquanto princípio norteador da aplicação das normas juslaborais, e princípio basilar e clássico do Direito do Trabalho (dir-se-ia: um princípio típico do século XX), se desdobra analiticamente nas seguintes posições nucleares:

“i) O Direito do Trabalho consiste num ordenamento de carácter protetivo e compensador da assimetria típica da relação laboral, desempenhando uma função tuitiva relativamente ao trabalhador assalariado. Não sendo a única, é inegável que a função de tutela do trabalhador assalariado (da sua pessoa e do seu emprego) e de compressão/limitação dos poderes patronais se encontra inscrita no código genético do

* *Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

1 Em Portugal, a convenção coletiva de trabalho é género que se desdobra em três modalidades: contrato coletivo de trabalho, acordo coletivo de trabalho e acordo de empresa (artigo 2.º, n.º 3, do Código do Trabalho); já no Brasil, a CLT prevê, no art. 611, as figuras da convenção coletiva de trabalho e do acordo coletivo de trabalho. O direito de contratação coletiva encontra-se consagrado na Constituição da República portuguesa como direito fundamental dos trabalhadores, cujo exercício compete às respetivas associações sindicais, direito que será garantido nos termos da lei (artigo 56.º, n.º 3, da CRP). Também a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, no elenco dos direitos sociais dos trabalhadores, o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, inciso XXVI). No texto subsequente, iremos usar a expressão *convenção coletiva* em sentido amplo, como produto logrado da negociação coletiva de trabalho.

Direito do Trabalho. A tutela do trabalhador é reclamada, por um lado, pela sua condição de contraente débil, economicamente dependente e juridicamente subordinado (face ao complexo de poderes de que goza o empregador, desde o poder diretivo ao poder disciplinar); por outro, pelo facto de este envolver profundamente a sua pessoa na execução do contrato, visto que a força de trabalho inere à própria pessoa do prestador, não podendo ser separada deste.

ii) Esta função tutelar do Direito do Trabalho é cumprida através de normas legais que, em regra, possuem uma natureza relativamente imperativa (normas imperativas mínimas ou semi-imperativas, normas de ordem pública social), as quais consagram garantias mínimas para o trabalhador, admitindo o reforço de tais garantias por via da contratação coletiva.

iii) Daqui decorre que, no tocante às relações entre a lei e a convenção coletiva, o princípio da prevalência hierárquica da lei deve articular-se com o princípio do *favor laboratoris*; assim, e em princípio, o regime convencional poderá afastar-se do regime legal, desde que a alteração se processe *in melius*, e não *in pejus*.

iv) O *favor laboratoris* perfila-se, pois, como uma técnica de resolução de conflitos entre lei e convenção coletiva, pressupondo que, em princípio, as normas juslaborais possuem um carácter relativamente imperativo, isto é, participam de uma imperatividade mínima ou de uma ‘inderrogabilidade unidirecional’.

v) Trata-se, afinal, de duas faces da mesma moeda: *favor laboratoris* e imperatividade mínima das normas juslaborais. Como escreve Mercader Uguina, ‘o critério de *favor* relaciona-se no ordenamento laboral com o hierárquico, do qual representa uma modalização, no sentido de que a fonte de intensidade mais forte prevalece sobre a mais débil apenas em ordem à garantia das condições mínimas. Acima do mínimo, impõe-se a norma inferior que preveja condições mais favoráveis para os trabalhadores. A regra de ordenação hierárquica das fontes do Direito do Trabalho assume, assim, um valor relativo: frente ao critério de *favor*, a norma de regulação superior comporta-se como norma dispositiva e, portanto, cede ante a regulação de nível inferior, a

qual, por sua vez, cede ante a norma de regulação superior quando esta assegura a garantia das condições mínimas’.”²

Assim sendo, o artigo 13.º, n.º 1, da velha e hoje revogada Lei do Contrato de Trabalho de Portugal (LCT, de 1969) fixava a diretriz fundamental em matéria de relacionamento e coordenação entre a lei e a convenção coletiva, ao prescrever que “as fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável para o trabalhador”. O artigo 6.º da Lei dos Instrumentos de Regulamentação Coletiva (Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de dezembro), também já revogada, complementava aquele preceito da LCT, ao determinar que as convenções coletivas não poderiam “contrariar normas legais imperativas” nem “incluir qualquer disposição que importe para os trabalhadores tratamento menos favorável do que o estabelecido por lei”.

Ou seja, as normas legais poderiam, como é óbvio, possuir a mais variada natureza (as normas poderiam ser supletivas ou imperativas, poderiam ser normas absolutamente imperativas³ ou relativamente imperativas, etc.), mas o certo é que, nas sábias palavras de Jorge Leite, a norma típica do ordenamento juslaboral era constituída “por uma regra jurídica explícita impositiva e por uma regra jurídica implícita permissiva, vedando aquela qualquer redução dos mínimos legalmente garantidos e facultando esta a fixação de melhores condições de trabalho (proibição de alteração *in pejus* e possibilidade de alteração *in melius*)”⁴.

No domínio da concorrência e da articulação entre as respetivas fontes, concluía-se, em conformidade, que em Direito do Trabalho a regra (a chamada “regra de princípio”) era, afinal, a da aplicação da norma que estabelecesse um tratamento mais favorável ao trabalhador, ainda que tal norma se encontrasse contida numa fonte hierarquicamente inferior. A imodificabilidade *in melius* da norma superior (ou seja, a imperatividade absoluta desta) bem como a sua

2 La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 109, 2002, p. 20. A matéria tem sido bastante estudada pela doutrina portuguesa, com particular destaque, no respeitante às relações lei-CCT, para o texto clássico de José Barros Moura: *A convenção colectiva entre as fontes de direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1984. p. 147-183.

3 Normas imperativas absolutas, ou normas imperativas de conteúdo fixo, são aquelas que não admitem qualquer modificação por fonte inferior, quer a alteração seja em sentido mais ou menos favorável para o trabalhador, *in melius* ou *in pejus*. É o caso, p. ex., do regime legal dos feriados ou das disposições relativas aos tipos de faltas ao trabalho e à sua duração, bem como o do próprio regime jurídico da cessação do contrato de trabalho. Sobre a tipologia das normas legais quanto à sua (i)modificabilidade, vd.: José Barros Moura (*A convenção colectiva... cit.*, p. 148-155), bem como Rosário Palma Ramalho (*Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 277-279).

4 *Direito do trabalho*. Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 2004. p. 97. v. I.

modificabilidade *in pejus* por norma inferior (ou seja, a supletividade daquela) eram excepcionais, pelo que era comum aludir-se à “singular imperatividade” das normas juslaborais, à sua natureza “imperativo-limitativa” ou “imperativo-permissiva”, qualquer destas expressões traduzindo a ideia de mínimo de proteção da parte mais débil da relação, como traço característico e identitário das normas juslaborais.

Note-se, porém, que o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador (*favor laboratoris*) não deve ser confundido com o princípio da interpretação mais favorável ao trabalhador (designado, por vezes, por princípio *in dubio pro laborator* ou *pro operario*): este é um princípio norteador da interpretação das normas, da fixação do seu sentido e alcance, nos termos do qual, na dúvida sobre se o preceito significa x ou significa y, o intérprete deverá optar pelo sentido mais vantajoso para o trabalhador; aquele é, como se disse, um princípio sobre a aplicação das normas, sobre a qualificação da respetiva natureza, determinando que o preceito, signifique ele x ou y, poderá ser objecto de alteração *in melius* por fonte inferior⁵.

II – O SÉCULO XXI E A INVERSÃO PRINCIPIOLÓGICA: O ARTIGO 4.º DO CÓDIGO DO TRABALHO DE 2003

A função de tutela do trabalhador, a função promocional, a função de instrumento de melhoria das condições de trabalho, tudo isto não desmente o carácter compromissório deste ramo do direito e a diversidade de funções a ele atribuídas, inclusive por meio da negociação coletiva. Para além daquela sua função central e nuclear, sempre o Direito do Trabalho desempenhou outras

5 Sobre o princípio *in dubio pro operario* (afirmando, de resto, a sua profunda convicção de que este não existe), *vd.*, por todos: DESDENTADO BONETE, Aurelio. ¿Existe realmente el principio *in dubio pro operario*?. *Relaciones Laborales*, 2003, I, p. 605 e ss.; e, na doutrina portuguesa, também muito cética em relação a tal princípio, por todos: MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do trabalho*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 217-225.

Entendimento algo distinto vem prevalecendo no Brasil, onde o chamado “princípio da norma mais favorável” se desdobra em diversas dimensões, seja no contexto do confronto entre regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização de normas), seja no contexto da interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação das normas), reconduzindo-se, nesta última dimensão, ao tradicional princípio *in dubio pro operario* – sobre o tema, por todos: GODINHO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2013. p. 64-66, 80-82 e 119-121.

A nosso ver, o princípio *in dubio pro operario* poderá funcionar como diretriz hermenêutica relevante em matéria juslaboral, desde logo no tocante ao preenchimento valorativo de conceitos jurídicos indeterminados por parte da jurisprudência. A este propósito, permito-me remeter para João Leal Amado (O papel da jurisprudência no preenchimento de conceitos laborais indeterminados: *in dubio pro operario*?. *Revista OABRJ*, v. 26, n. 2, 2010, p. 125-137).

funções, entre elas a de ser um importante instrumento de gestão no plano económico, preocupado com a salvaguarda da eficiência e da competitividade das empresas. No tocante à própria negociação coletiva, a mesma dualidade sempre esteve presente: consistindo a sua função principal em melhorar as condições de trabalho, reforçando as garantias mínimas estabelecidas por lei, também a ideia de flexibilizar e de adaptar essas condições de trabalho, correspondendo às necessidades da empresa, da sua sobrevivência e da sua competitividade, sobretudo em tempos de crise, nunca esteve ausente do elenco de missões da negociação coletiva⁶.

Nos últimos anos, porém, num cenário de globalização capitalista cada vez mais agressiva e com a hegemonia ideológica das correntes neoliberais, dir-se-ia que as prioridades se inverteram: a preocupação central do Direito do Trabalho parece hoje consistir na garantia de eficiência económica das empresas, só em segundo plano surgindo a promoção da equidade nas relações de trabalho; e, no tocante à negociação coletiva, a sua histórica função de melhoria das condições de trabalho aparece hoje subalternizada e substituída pela função de flexibilização e adaptação das normas aos interesses da empresa, às necessidades desta, às conveniências desta, à melhoria da posição competitiva desta – assumindo foros de normalidade a hipótese de afastamento *in pejus* das normas legais por via da negociação coletiva.

É neste contexto que surge, em Portugal, o artigo 4.º, n.º 1, do CT de 2003, preceituando que “as normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Sejamos claros: apesar do disposto na sua epígrafe, o n.º 1 deste artigo 4.º traduziu-se, bem vistas as coisas, num verdadeiro atestado de óbito do *favor laboratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraíndo que, *em princípio*, o *Direito do Trabalho legislado possui um carácter facultativo ou supletivo em face da contratação coletiva* – ou seja, por mor deste preceito, concluía-se que as normas legais passariam a ser, em regra, normas “convénio-dispositivas” ou “coletivo-dispositivas”, isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva de trabalho. Destarte, daí em diante o quadro legal poderia ser alterado *in pejus* pela convenção coletiva, o que implicou uma mutação (dir-se-ia: uma revolução) na filosofia básica inspiradora do Direito do Trabalho: assim, de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído do princípio da norma social mínima, transitámos para uma espécie

6 Sobre as múltiplas funções da negociação coletiva, *vd.*, por todos: SUPIOT, Alain *et al.* *Transformações do trabalho e futuro do direito do trabalho na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 151-155.

de direito neutro, em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva.

Era, pois, um novo Direito do Trabalho aquele que resultava do artigo 4.º do CT de 2003, um Direito do Trabalho menos garantístico e mais transaccional, em que aumentava o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual das condições de trabalho, em que a norma negociada se substituíria à norma legislada – um Direito do Trabalho que, assim, mudava de alma (alguns diriam: perdia a alma).

Em suma, também neste campo, no campo da concorrência e da articulação das fontes juslaborais, estamos perante um Direito do Trabalho mais *flexível* (palavra mágica dos nossos tempos, por mais imprecisa que seja a respectiva noção no plano jurídico), em que a contratação colectiva já não é concebida como um instrumento primordialmente vocacionado para melhorar as condições de trabalho relativamente à lei⁷, mas antes como um puro mecanismo de adequação da lei às circunstâncias e às conveniências da organização produtiva.

O que vem de ser dito vale, repete-se, no cotejo entre lei e convenção coletiva. Em face do contrato individual de trabalho, o critério legal era já outro, conforme se extraía do n.º 3 daquele artigo 4.º: “As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário”. Assim sendo, o artigo 4.º do CT de 2003 parecia, afinal, traduzir-se numa disposição legal consagrada ao culto de Jano (a conhecida divindade romana das duas caras), perfilando-se as normas legais trabalhistas como *normas bifrontes ou bidimensionais*, isto é, como normas relativamente imperativas em face do contrato de trabalho e como normas supletivas em face da convenção coletiva de trabalho – as chamadas “normas convénio-dispositivas”⁸.

Note-se, porém, que o artigo 4.º, n.º 1, não excluía a existência de normas imperativas – relativa ou absolutamente imperativas – em face da convenção coletiva (“salvo quando delas resultar o contrário”, lia-se nesse preceito), assim como o artigo 4.º, n.º 3, não excluía a existência de normas absolutamente imperativas, ou de normas supletivas, em face do contrato individual (“se delas não resultar o contrário”, lia-se nessa norma). Tudo dependeria, pois, em última

7 A este propósito, escrevia, três décadas atrás, José Barros Moura: “A função da contratação coletiva, além de adaptar a lei geral às peculiaridades das categorias abrangidas e de consolidar as conquistas consagradas na lei geral, é, sobretudo, a de melhorar a situação dos trabalhadores” (*A convenção colectiva...*, cit., p. 156). Uma afirmação, ao que parece, datada, típica do século XX.

8 Ou, como alguns preferem, “normas coletivo-dispositivas”. A propósito deste tipo de normas, *vd.*, por todos: XAVIER, Bernardo Lobo. *Manual de direito do trabalho*. 2. ed. Lisboa: Verbo, 2014. p. 294-298.

análise, da interpretação da concreta norma em causa, sendo, porém, certo que a diretriz hermenêutica – critério que habilitava o intérprete a pronunciar-se em caso de dúvida – era bipartido ou dual: *a norma codicística seria, em princípio, supletiva ou relativamente imperativa, consoante o cotejo se desse com a contratação coletiva ou com o contrato individual de trabalho*⁹.

De qualquer modo, o certo é que, daí em diante, o tratamento mais favorável ao trabalhador, nas avisadas palavras de Monteiro Fernandes, “deixa de constituir referencial interpretativo”. No CT de 2003, sublinha o autor, com inteira razão, que “o ponto de partida da operação interpretativa-qualificativa incidente sobre a norma legal (para se saber se pode aplicar-se a fonte inferior de conteúdo diferente) já não é a presunção de que essa norma admite variação em sentido mais favorável ao trabalhador, mas a de que *admite variação em qualquer dos sentidos*. Tal presunção só é afastada se da norma legal resultar inequivocamente que nenhuma variação é legítima, ou que só o será num dos sentidos possíveis”¹⁰.

III – A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA E O EVENTUAL “PRINCÍPIO DA NORMA MÍNIMA”

Resta saber se, do ponto de vista jurídico-constitucional, não se terá ido longe demais com este artigo 4.º, n.º 1, do CT de 2003. Com efeito, a concepção transaccional do Direito do Trabalho que se desprende deste artigo – em que o Estado-legislador dá luz verde para que tudo ou quase tudo seja livremente negociado em sede de contratação coletiva, em benefício ou em detrimento do trabalhador face ao parâmetro legal – parece compatibilizar-se com bastante dificuldade com o nosso “bloco constitucional do trabalho”, máxime com o disposto no artigo 59.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa (CRP). Na verdade, de acordo com este preceito da Magna Carta, “incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito”, através, por exemplo, do estabelecimento e atualização do salá-

9 Seria o caso, para dar um exemplo, da norma respeitante ao subsídio de Natal. O artigo 254.º do CT de 2003 estabelecia que o trabalhador tinha direito a auferir um subsídio de Natal de valor igual a um mês de retribuição: nestes termos, o valor do subsídio não poderia, decerto, ser reduzido através de cláusula contratual individual, mas já poderia sê-lo através de cláusula convencional coletiva. O mesmo valeria quanto à norma relativa à violação patronal do direito a férias: nos termos do artigo 222.º, o trabalhador deveria receber, a título de compensação, o triplo da retribuição correspondente ao período em falta, montante este que, não podendo ser reduzido mediante cláusula contratual, já poderia sê-lo mediante cláusula convencional (em sentido próximo, quanto a este último exemplo, *vd.*: MESQUITA, José Andrade. *Direito do trabalho*. 2. ed. AAFDL, 2004. p. 269). O atual CT português regula estas matérias em moldes similares, nos artigos 246.º e 263.º.

10 *Direito do trabalho*. 17. ed. Coimbra: Almedina, 2014. p. 110.

rio mínimo nacional, da fixação dos limites máximos da duração do trabalho, etc. Como escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o n.º 2 estabelece um conjunto de tarefas (incumbências) dirigidas ao Estado (desde logo ao legislador)”. Trata-se, no dizer dos autores, de “direitos positivos dos trabalhadores, aos quais correspondem obrigações de concretização (através de leis e outras medidas) do Estado”¹¹.

Deste modo, a CRP parece impor que o legislador estabeleça, ele mesmo, um estatuto social mínimo, um patamar legal intransponível de proteção dos trabalhadores. Esta é, por força da Constituição portuguesa, uma tarefa fundamental do Estado-legislador, uma missão de que este se encontra incumbido. Assim, ainda que se trate de um princípio não escrito, o princípio da norma social mínima parece encontrar-se implicitamente plasmado no corpo normativo constitucional. Constitucionalmente, tem de haver um mínimo legal intangível, devendo os direitos dos trabalhadores legalmente consagrados situar-se, em princípio, fora do comércio jurídico e não podendo funcionar como simples moeda de troca em sede de contratação coletiva. Ora, dir-se-ia, com aquele artigo 4.º, que o Estado-legislador retrai-se e parece mesmo demitir-se das suas responsabilidades: a tarefa constitucional não é cumprida e a missão estadual asseguradora converte-se, afinal, numa autêntica demissão parlamentar e/ou governamental.

Temos, por conseguinte, sérias dúvidas sobre a conformidade constitucional daquele preceito codicístico, hoje revogado¹². *Uma coisa é introduzir alguma flexibilidade adicional no nosso Direito do Trabalho* (opção de política legislativa legítima e insuscetível de reparos do ponto de vista constitucional); *outra coisa, porém, será flexibilizar o Direito do Trabalho ao ponto de lhe quebrar a espinha dorsal ou a coluna vertebral* (esta última será uma opção politicamente discutível, mas já, decerto, constitucionalmente censurável). O que está em causa não é, repete-se, a existência de normas legais de carácter supletivo, “convénio-dispositivo” ou “coletivo-dispositivo”. O que se questiona é que esta seja *a regra de princípio*, isto é, que, à partida, todas as normas legais possam ser afastadas por convenção coletiva, inclusive em sentido menos favorável ao trabalhador. Perante isto, era caso para perguntar onde ficava, então, o princípio do Estado Social e a incumbência estadual, resultante da CRP, de assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores

11 *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I. p. 775.

12 Na esteira, aliás, das considerações a este propósito expendidas por José João Abrantes e Jorge Leite, em textos publicados no n. 22 de *Questões Laborais – vd.*, respectivamente: *O Código do Trabalho e a Constituição*, p. 150-153; e *Código do Trabalho – algumas questões de (in)constitucionalidade*, p. 270-274.

têm direito. Não se violaria desta forma o princípio constitucional, não escrito mas implícito, da norma social mínima¹³?

O problema reside, repete-se, na definição da regra de princípio, não na introdução de exceções a esta. Recorde-se a clássica lição de Baptista Machado: “Não são as exceções a um princípio, por muito numerosas que sejam, que o fazem desaparecer como princípio, enquanto subsistir o fundamento que lhe confere o valor normativo”¹⁴.

IV – O SIGNIFICADO DA MUDANÇA DE PARADIGMA

Entretanto, e pondo a “questão constitucional” entre parêntesis, o certo é que este simbólico preceito do CT de 2003 significava que a tradicional “grelha de leitura” das normas laborais teria de ser abandonada pelo intérprete: ao pronunciar-se sobre a natureza de cada norma legal, máxime sobre a suscetibilidade de esta ser alterada *in pejus* por convenção coletiva, o intérprete deveria substituir os velhos óculos *favor laboratoris* (declarados rígidos e caducos) pelos novos óculos “convénio-dispositivos” (mais dinâmicos e maleáveis, mas, quiçá, menos resistentes).

Estávamos, em todo o caso, perante um preceito legal que exprimia um inegável abrandamento da atuação interventiva e da postura impositiva do Estado neste domínio, concedendo os poderes públicos novos e mais dilatados espaços regulativos à autonomia coletiva, o que, alegava-se, contribuiria para promover e estimular a contratação coletiva, correspondendo, nessa medida, a um desiderato constitucional. Vistas as coisas sob este prisma, a autonomia privada coletiva como que se emancipava da tutela legal, ganhando maioria e deixando de ser espartilhada pela lei...

Importa, contudo, notar (e este é um aspeto que, a nosso ver, não poderá ser menosprezado) que, *no campo trabalhista, o reconhecimento da autonomia coletiva não se processou nunca contra a heteronomia estadual, mas sim contra o poder decisório unilateral do empregador*. Com efeito, o Direito do Trabalho afirmou-se historicamente e consolidou-se dogmaticamente com base na conjugação dialética de dois fenómenos – legislação estadual regulamentadora das condições de trabalho e normação convencional disciplinadora do conteúdo das relações laborais ao nível da empresa, da profissão ou do setor de actividade –,

13 Sobre o ponto, *vd.* as valiosas reflexões de Milena Silva Rouxinol (O princípio do tratamento mais favorável nas relações entre a lei e a convenção coletiva de trabalho. *Questões Laborais*, n. 28, 2006, p. 159 e ss. [em especial p. 172-187]).

14 *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989. p. 241.

ambos tendo como escopo central a tutela do contraente débil, a compressão da liberdade contratual e a limitação da concorrência entre os trabalhadores no mercado de trabalho. Deste ponto de vista, *a autonomia coletiva veio adicionar-se à heteronomia estadual, não se contrapondo e antes aliando-se a esta*, em ordem a impedir o arbítrio patronal e a “ditadura contratual” de outro modo imposta pelo contraente mais poderoso¹⁵.

Com efeito, a lei e o tradicional princípio do *favor laboratoris* nunca impediram que a autonomia coletiva se exercesse, cumprindo a principal missão que cabe à contratação coletiva: a missão de servir de instrumento de melhoria das condições de trabalho. Aliás, não é decerto por acaso que tanto a Constituição portuguesa como a brasileira consagram o direito de contratação coletiva como um *direito dos trabalhadores*, não dos empregadores. O direito de negociar coletivamente as condições de trabalho é um direito fundamental dos trabalhadores, a exercer através das suas estruturas representativas – ainda que, como é óbvio, esse direito pressuponha o concurso de vontade das entidades empregadoras ou das suas estruturas representativas. Mas, repete-se, o direito em causa é reconhecido como um direito fundamental dos trabalhadores, em ordem, obviamente, “à melhoria de sua condição social”, como se lê no *caput* do art. 7º da Constituição do Brasil.

Agora, porém, ao que parece, a principal (?) função da contratação coletiva passou a ser de carácter gestionário e visa à redução de custos empresariais, pelo que agora são os empregadores que revelam um particular desvelo pela contratação coletiva flexibilizante, procurando utilizá-la em detrimento da lei.

Através daquele preceito legal – o artigo 4.º do CT de 2003 – visar-se-ia, outrossim, como alguns afirmaram, atribuir um estatuto de maioria às associações sindicais de trabalhadores, rejeitando qualquer concepção destas como sujeitos hipossuficientes e carenciados de proteção legal¹⁶. Mas, a este

15 Como observa Márcio Túlio Viana, “o Estado estava presente nas convenções coletivas de trabalho, assegurando um patamar mínimo – representado pelas normas imperativas. As convenções coletivas podiam apenas avançar; nunca recuar. Em outras palavras, a chamada ‘autonomia privada coletiva’ carregava, dentro dela, um traço de heteronomia”. Aliás, para o autor, “só faz sentido falar em sindicato – e, por extensão, em negociação coletiva – quando o objetivo for melhorar a condição de vida do trabalhador. Por consequência, uma convenção coletiva que precariza direitos trai o seu papel histórico e contradiz a sua própria essência” (O novo papel das convenções coletivas de trabalho: limites, riscos e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 67, n. 3, 2001, p. 47-63 [49 e 57]).

16 Neste sentido, por exemplo: RAMALHO, Rosário Palma. *Tratado de direito do trabalho*, cit., p. 284, 286 ou 312. A propósito do tradicional princípio do *favor laboratoris*, escreve a autora: “Não parece justificar-se a aplicação deste princípio com o mesmo grau de irredutibilidade ao nível do contrato de trabalho e ao nível da contratação coletiva, dada a maturidade das associações representativas dos trabalhadores, que intervêm neste último nível, e as vantagens de conferir uma maior elasticidade à negociação coletiva” (p. 284). Estamos de acordo. A aplicação deste princípio com o mesmo grau de

propósito, escreve, com inteiro acerto, Milena Silva Rouxinol: “Não se vê como pode lograr-se o desiderato de compensação da desigualdade fática e jurídica entre trabalhador e empregador se os mínimos legais puderem ser afastados *in pejus* por instrumentos hierarquicamente inferiores. Não nos parece que possa objetar-se decisivamente com o argumento de que, em sede de contratação coletiva, está reposto o equilíbrio entre as partes que falha no plano da contratação individual, não se justificando, assim, uma exigência de maior favorabilidade das estatuições convencionais. *É que o equilíbrio contratual não é um fim em si mesmo, mas um meio para que se logre uma justa composição de interesses.* Em Direito do Trabalho, a justiça repõe-se pela desigualdade, de modo que se as forças sindicais assentirem na redução dos mínimos legais de tutela do trabalhador, ainda que tal opção seja assumida em situação de equilíbrio negocial, resultará gorada a proteção que o legislador defere ao – ainda e sempre – contraente débil da relação laboral e frustrado o propósito de justiça material”¹⁷. E, de resto, não deixa igualmente de ser curioso verificar que este estatuto de maioria é concedido aos sindicatos numa época histórica em que tanto se fala na crise estrutural do sindicalismo e, justamente, por parte de um Código que continuou a não estabelecer quaisquer exigências de representatividade mínima para que um sindicato pudesse celebrar uma convenção coletiva de trabalho...

Dir-se-ia, por isso, que diminuir a carga injuntiva da lei e conceder, do mesmo passo, espaços regulativos alargados a interlocutores sindicais débeis poderá revelar-se um caminho contraproducente. Um caminho através do qual, nas certeiras e irónicas palavras de Gérard Lyon-Caen, em lugar de realmente se promover a autonomia coletiva, o que se garante é a “autonomia das empresas”¹⁸. Não espanta, por isso, que Fernando Hoffmann conclua: “A negociação coletiva, antes bandeira empunhada apenas pelos sindicatos profissionais e forma

irreduzibilidade ao nível do contrato individual e ao nível da contratação coletiva, realmente, não se justifica. Mas, cremos, daí não decorre, logicamente, que o princípio deva ser eliminado nas relações entre lei e convenção coletiva. Daí decorre, apenas, que a regra da imperatividade mínima da lei deve sofrer poucas exceções em face do contrato individual, mas já poderá sofrer mais exceções e desvios quando em face da contratação coletiva – em ordem, justamente, a conferir maior elasticidade à negociação coletiva. O que já não se justifica, a nosso ver, é ir ainda mais longe e suprimir o princípio do *favor laboratoris* nas relações entre lei e convenção coletiva. Este é um princípio identitário do Direito do Trabalho, de elevado valor simbólico, e o fundamento para a sua consagração, enquanto regra de princípio, mantém-se válido – não obstante, reitera-se, essa regra possa sofrer exceções, sobretudo em períodos de crise.

17 O princípio do tratamento... *cit.*, p. 174-175.

18 L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces). *Droit Social*, 2001, n. 12, p. 1.031-1.034 (1033). Para uma análise crítica, concluindo que, por este caminho, estão criadas as condições para que as convenções coletivas se convertam num “verdadeiro cavalo de Tróia no Direito do Trabalho”: GOMES, Júlio. *Direito do trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 50-56 (51).

de melhorar a condição da classe trabalhadora, passa a ser tremulada também pelo empresariado, agora como instrumento de redução do protecionismo da legislação trabalhista”¹⁹.

V – O ARTIGO 3.º DO ATUAL CÓDIGO DO TRABALHO PORTUGUÊS

Aquando da elaboração do atual CT português, o grande problema que se colocava nesta matéria consistia, justamente, em saber se o princípio do tratamento mais favorável, liquidado em 2003, iria ou não ser reposto em vigor. No âmbito do relacionamento entre a lei e a contratação coletiva, perguntava-se: será que o *favor laboratoris*, enquanto “princípio presuntivo” (isto é, enquanto presunção de imperatividade mínima das normas laborais), não deveria ser ressuscitado pelo novo legislador do trabalho?

A resposta veio a ser fornecida pelo artigo 3.º, n.º 1, do novo CT, de 2009, o qual preceitua: “As normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Ou seja, *o princípio é – continua a ser – o da natureza “convénio-dispositiva” ou “coletivo-dispositiva” das normas trabalhistas*. Significa isto que o CT não trouxe quaisquer novidades neste domínio? Não. Com efeito, o n.º 3 do seu artigo 3.º não deixa de elencar um amplo conjunto de matérias cujo regime jurídico possui, em princípio, um carácter relativamente imperativo, nos seguintes termos:

“As normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por instrumento de regulamentação coletiva de trabalho que, sem oposição daquelas normas, disponha em sentido mais favorável aos trabalhadores quando respeitem às seguintes matérias: a) direitos de personalidade, igualdade e não discriminação; b) proteção na parentalidade; c) trabalho de menores; d) trabalhador com capacidade de trabalho reduzida, com deficiência ou doença crónica; e) trabalhador-estudante; f) dever de informação do empregador; g) limites à duração dos períodos normais de trabalho diário e semanal; h) duração mínima dos períodos de repouso, incluindo a duração mínima do período anual de férias; i) duração máxima do trabalho dos trabalhadores noturnos; j) forma de cumprimento e garantias da retribuição; l) capítulo sobre prevenção e reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais e legislação que o regulamenta; m) transmissão de empresa ou estabelecimento; n) direitos dos representantes eleitos dos trabalhadores.”

19 *O princípio da proteção ao trabalhador e a atualidade brasileira*. São Paulo: LTr, 2003. p. 206.

Aqui temos, portanto, um bloco normativo que, em princípio, gozará de imperatividade relativa ou imperatividade mínima. Mas, note-se, só em princípio, pois a lei não deixa de ressaltar a hipótese de algumas normas incluídas nesse bloco terem um carácter absolutamente imperativo (“sem oposição daquelas normas”, lê-se no preceito). E, note-se ainda, fora deste bloco normativo também poderá haver casos de imperatividade relativa (pense-se, por exemplo, na duração do período experimental, a qual poderá ser reduzida, mas não aumentada, por instrumento de regulamentação coletiva, como esclarece o artigo 112.º, n.º 5, do CT) ou de imperatividade absoluta (pense-se, por exemplo, no regime jurídico da cessação do contrato de trabalho, por força do artigo 339.º, n.º 1, do CT). Isso mesmo resulta, aliás, do segmento final do n.º 1 do artigo 3.º (“salvo quando delas resultar o contrário”).

De todo o modo, a verdade é que, nesta questão estruturante e identitária, atinente à determinação da natureza das normas trabalhistas e à definição do carácter do ordenamento legal, o actual CT português situa-se numa linha de perfeita continuidade em relação ao diploma que o precedeu. Algo mudou, mas, ao que parece, só para que o essencial ficasse na mesma... Assim, e em princípio, *as normas legais continuam a possuir um carácter bidimensional, continuam a apresentar uma estrutura bifronte: elas serão, em regra, relativamente imperativas em face do contrato individual* (nos termos do n.º 4 do artigo 3.º do CT, “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho só podem ser afastadas por contrato individual que estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, se delas não resultar o contrário”), *mas, em princípio, elas já serão dispositivas ou supletivas em face da contratação colectiva* (n.º 1 do artigo 3.º), *pelo que poderão ser afastadas in pejus por esta*²⁰.

Pela nossa parte, continuamos a considerar atuais as palavras do grande e saudoso Mestre Arnaldo Süsskind, segundo as quais “o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, a interpretação e a aplicação do Direito do Trabalho. A proteção

20 Também Rosário Palma Ramalho considera que o atual CT ficou a meio caminho entre a legislação tradicional nesta matéria e o CT de 2003, sendo que, de qualquer modo, “se mantém o princípio da supletividade geral das normas legais perante as convenções coletivas de trabalho” (*Tratado de direito do trabalho, cit.*, p. 288). Para maiores desenvolvimentos sobre o ponto: ROUXINOL, Milena Silva. O regime da relação entre fontes laborais no Código do Trabalho de 2009. In: CARVALHO, Paulo Morgado de (Coord.). *Código do Trabalho – a revisão de 2009*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 37-58. Note-se que, entretanto, a questão veio a ser objeto de análise pelo Tribunal Constitucional português, no Acórdão 338/10 (Relator: Conselheiro José Borges Soeiro), no qual se concluiu, por maioria, que o artigo 3.º, n.º 1, do CT de 2009 não padece de qualquer inconstitucionalidade. Para um comentário ao acórdão do TC, assinalando a ambiguidade da sua argumentação: REIS, João. Princípio do tratamento mais favorável e da norma mínima. AA. VV. Para Jorge Leite, *Escritos jurídico-laborais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. v. I. p. 855-884.

social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico”. E, tal como o Mestre, também acreditamos que esse princípio-*mater* gera outros, que dele são filhos legítimos, desde logo o chamado *princípio da norma mais favorável*, “em virtude do qual, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador”²¹.

Por isso mesmo, porque, a nosso ver, no século XXI ainda subsiste o fundamento que confere valor normativo ao princípio do *favor laboratoris*, a regra deveria ser a de que o legislado é “insuscetível de desmelhoramento” mediante o negociado. Poderia haver, sem dúvida, exceções a esta regra, em ordem a cumprir a função flexibilizante ou de adaptação regimental que também incumbe à negociação coletiva; mas, por muito numerosas que fossem as exceções, aquela regra de princípio não deveria ser subvertida²². Afinal, é da identidade mesma do nosso ramo de direito que estamos a falar, dos seus princípios básicos, do seu código genético, da sua função central, ontem como hoje.

VI – A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA: OS NOVOS ARTS. 611-A E 611-B DA CLT

A Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, veio alterar numerosas disposições da CLT, “a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho”.

21 *Curso de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2004. p. 111 e 113.

22 A propósito da “negociação *in pejus*”, escreve, no Brasil, Jorge Luiz Souto Maior: “Na ótica da preservação dos princípios da proteção da dignidade humana e do valor social do trabalho, os direitos trabalhistas são direitos fundamentais, não se subordinando, pois, à vontade das partes, mesmo quando representadas por entidades sindicais. A autonomia privada coletiva, por conseguinte, só tem campo de atuação para melhorar as condições de trabalho fixadas na lei, jamais para reduzir o seu alcance” (*Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2011. v. I. Parte I. p. 642). Em sentido próximo, sustenta, em Portugal, Maria da Paz Campos Lima: “No contexto do profundo desequilíbrio a que chegaram as relações laborais nas empresas em desfavor dos trabalhadores, a solução mais moderada e estabilizadora é precisamente a reposição do princípio do tratamento mais favorável, limitando qualquer possibilidade da negociação coletiva afastar regras legais de proteção mínima. O papel da negociação coletiva não é esse: é o de, tomando como ponto de partida o quadro legal, introduzir por via da regulação conjunta patamares mais elevados de progresso social. Foi esta a influência da negociação coletiva na construção do modelo social europeu”. Assim sendo, a autora conclui no sentido da *reposição integral do princípio do tratamento mais favorável*, “não permitindo que qualquer norma da legislação do trabalho possa ser derogada em sentido mais desfavorável ao trabalhador, quer por via da negociação setorial, quer por via da negociação de empresa” (O desmantelamento do regime de negociação coletiva em Portugal, os desafios e as alternativas. *Cadernos do Observatório*, n. 8, Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2016, p. 44-45).

Pela nossa parte, não iríamos tão longe quanto estes autores. Admitimos que, num ou noutro caso, nesta ou naquela matéria, essa negociação *in pejus* possa ocorrer, realizando a função de flexibilização (dir-se-ia: de flexibilização descendente) que também cabe à contratação coletiva. Mas só a título de exceção, jamais como regra de princípio.

Naquilo que ao presente tema diz respeito, importa atender, sobretudo, aos novos arts. 611-A e 611-B da CLT. Trata-se de disposições bastante extensas, que, na linha do que sucedeu em Portugal, significam, cremos, uma importante (e discutível) inversão principiológica em sede de relações entre lei e convenção coletiva, com o consequente decesso do princípio do *favor laboratoris* ou da norma mais favorável. Começemos por transcrever esses dois artigos:

“Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

II – banco de horas anual;

III – intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação da jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos e programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa.

DOCTRINA

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.

Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:

I – normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II – seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III – valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

IV – salário mínimo;

V – valor nominal do décimo terceiro salário;

VI – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

VII – proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

VIII – salário-família;

IX – repouso semanal remunerado;

DOCTRINA

X – remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;

XI – número de dias de férias devidos ao empregado;

XII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XIII – licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;

XIV – licença-paternidade nos termos fixados em lei;

XV – proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XVI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XVII – normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;

XVIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;

XIX – aposentadoria;

XX – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;

XXI – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

XXII – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;

XXIII – proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV – medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;

XXV – igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;

XXVI – liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;

XXVII – direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;

XXVIII – definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;

XXIX – tributos e outros créditos de terceiros;

XXX – as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.”

Que dizer? Particular atenção deverá ser dada, cremos, ao *caput* destes dois artigos. Assim, no *caput* do art. 611-A, lê-se que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, *entre outros*, dispuserem sobre as matérias dele constantes. Por seu turno, o art. 611-B determina que constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, *exclusivamente*, a supressão ou a redução dos direitos elencados nesse preceito.

Assim, utilizando esta técnica legislativa, o legislador brasileiro identifica no art. 611-A, mas em moldes meramente exemplificativos, não exaustivos (“entre outros”), um conjunto de matérias em que a contratação coletiva prevalecerá sobre a lei, ainda que a convenção ou o acordo coletivo estabeleça condições menos vantajosas, para os trabalhadores, do que as previstas na lei. Já no art. 611-B o legislador identifica, mas agora em moldes taxativos (“exclusivamente”), determinadas matérias em que veda qualquer supressão ou redução dos direitos reconhecidos, por lei, aos trabalhadores. Em termos de sistema, e independentemente da análise dos concretos direitos previstos nos arts. 611-A e 611-B, a regra, no Brasil, parece ser agora a mesma que, nesta matéria, vigora em Portugal: em princípio, a convenção ou o acordo coletivo poderão afastar a lei, poderão prevalecer sobre esta, inclusive no caso de estabelecerem regimes menos favoráveis para os trabalhadores. Tal poderá suceder, no Brasil, nos casos previstos no art. 611-A, mas não apenas nesses casos, visto que a lei ressalva o carácter meramente exemplificativo dessa enumeração. Excepcionalmente, vale dizer, nos casos previstos no art. 611-B – e, ao que parece, ao menos *prima facie*, exclusivamente nesses casos –, a lei constitui um obstáculo inultrapassável *in*

pejus pela contratação coletiva, visto que nessas matérias a lei proíbe qualquer supressão ou redução de direitos dos trabalhadores.

Em termos sistemáticos, pois, o enquadramento parece ser bastante semelhante em Portugal e no Brasil: o princípio é, hoje, o da natureza convênio-dispositiva ou coletivo-dispositiva das normas legais (seja as do CT português, seja as da CLT brasileira), as quais poderão ser transformadas em capital de negociação (e, enquanto tal, afastadas) pelos sujeitos da convenção ou acordo coletivo; há depois, em ambos os países, um conjunto de matérias (as previstas no artigo 3.º, n.º 3, do CT, e as previstas no art. 611-B da CLT) em que a lei mantém o seu tradicional carácter imperativo e inderrogável *in pejus*. Todavia, em ambos os países a regra de princípio consiste, agora, no carácter convênio-dispositivo das normas legais, aparecendo as normas imperativas como exceção, no confronto com a contratação coletiva²³.

A ideia que prevalece é, pois, dos dois lados do Atlântico, a de flexibilizar a norma legal, a de a tornar menos rígida em relação à autonomia coletiva, a de admitir que as partes transacionem sobre os direitos emergentes da lei. Diz-se: talvez, abdicando de certos direitos dos trabalhadores, ou aceitando a sua redução, os sindicatos consigam ver consagrados ou reforçados outros em sede negocial... Mas, a este propósito, também não deixa de ser sintomático, cremos, que o § 2º do art. 611-A se apresse a esclarecer que “a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico”²⁴. Ou seja, e se bem lemos o preceito, a sua *ratio* pode até

23 Note-se que no Brasil, com a reforma trabalhista, o legislador vai ainda mais longe, dado que confere natureza supletiva à norma legal, nas matérias previstas no supracitado art. 611-A, firmando o princípio de que as relações de trabalho podem ser objeto de livre-estipulação das partes, ao nível do contrato individual de trabalho, quando se tratar de trabalhadores “hiperssuficientes”, isto é, trabalhadores com diploma escolar de nível superior e que auferam um salário mensal tido como elevado (igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, isto é, cerca de 11 mil reais). Neste caso, alega-se, tratar-se-á de profissionais disputados no mercado de trabalho e que, enquanto tal, possuirão um considerável poder de barganha, pelo que eles mesmos poderão negociar, com amplas margens de autonomia, as respetivas condições de trabalho. A este propósito, *vd.* a nova redação do art. 444 da CLT, em especial o parágrafo único deste artigo.

24 A lei tenta assegurar essa contrapartida nos casos previstos no § 3º, nos termos do qual “se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo”. Ou seja, se forem alterados *in pejus* os termos básicos da troca entre trabalho e salário, em que se traduz, na sua essência, o contrato de trabalho, seja porque se reduz o salário, seja porque se aumenta a jornada de trabalho (cremos, a este propósito, que existe um lapso na letra da lei, ao aludir a “cláusula que reduza o salário ou a jornada”, quando, parece, quer aludir à redução do salário ou ao *aumento* da jornada), então a lei exige que o instrumento coletivo preveja a proteção dos trabalhadores contra o despedimento imotivado. É uma contrapartida não negligenciável, sendo certo que, a nosso ver, tendo em conta o disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição do Brasil, todos

ser a de permitir que a lei seja transformada em capital de negociação, para que se aceitem certos recuos em determinadas matérias a troco de avanços noutras matérias. Porém, se tal permuta não ocorrer, se o que houver forem, apenas, recuos, supressões ou reduções, tal não afetará o conteúdo da negociação nem a validade da convenção ou do acordo coletivo de trabalho assim celebrado. Se, todavia, alguma cláusula da convenção ou do acordo coletivo vier a ser anulada, logo o § 4º se apressa a esclarecer que, “quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito”.

Em todo o caso, também para os tribunais do trabalho a diretriz a observar, no exame do conteúdo da convenção coletiva ou do acordo coletivo, consiste no “princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”, como se infere da remissão efetuada pelo § 1º do art. 611-A para o novo § 3º do art. 8º da CLT, que vincula a Justiça do Trabalho, naquele exame, a analisar exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, nos moldes do art. 104 do Código Civil (agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei), balizando a sua atuação pelo supramencionado “princípio da intervenção mínima na autonomia coletiva”. Nesta matéria – e, quiçá, não apenas nesta matéria – é, pois, para uma Justiça do Trabalho minimalista que a nova CLT apela...

Com efeito, a reforma trabalhista surge, claramente, na contramão do “ativismo” ou “popularismo” judicial, isto é, assenta no pressuposto de que os tribunais do trabalho têm tido posições maximalistas, indo além do disposto na lei e invadindo a esfera de competência do próprio legislador. Ora, sem querer entrar nesta polémica, sobre a qual não nos sentimos habilitados a opinar, resta saber se, após a reforma, não transitaremos do ativismo para o “passivismo judicial”, em matéria de Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho dos nossos dois países sempre combinou, cremos, a promoção da autonomia coletiva com a existência de legislação forte, de caráter imperativo, e com uma atitude vigilante e enérgica dos tribunais do trabalho. Empobrecer o papel interpretativo e criativo dos tribunais e apelar, nesta sede, para um “princípio de intervenção mínima” não corresponde, na nossa opinião, ao código genético e à função primacial deste ramo do ordenamento jurídico²⁵.

os trabalhadores deveriam se beneficiar dessa proteção básica contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa – a este respeito, permitimo-nos remeter para AMADO, João Leal. *A cessação do contrato de trabalho – uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: LTr, 2017. p. 138 e ss.

- 25 Merece destaque, a este propósito, o novo § 2º do art. 8º da CLT, nos termos do qual “súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei”. Trata-se, a nosso ver, de um preceito estranho, pois, tanto quanto sabemos, ninguém hoje subscreve a tese de que o juiz deve ser uma simples “boca que apenas reproduz as palavras

Entretanto, há que tentar captar o sentido útil do disposto no novo § 3º do art. 8º da CLT. Como conjugá-lo, por exemplo, com o art. 611-B, que proíbe qualquer supressão ou redução dos direitos nele enunciados, por via de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho? Se alguma cláusula da convenção ou do acordo coletivo violar a proibição resultante deste art. 611-B, essa cláusula será, evidentemente, tida como nula pela Justiça do Trabalho, não se descortinando qualquer princípio de intervenção mínima na autonomia coletiva que a possa salvar. Dir-se-á, nestas hipóteses, que os elementos essenciais do negócio jurídico, requeridos pelo art. 104 do Código Civil, não estão presentes neste caso, pois o objeto da cláusula da convenção ou do acordo coletivo será ilícito, nos termos do *caput* do art. 611-B.

Em suma, em ambos os países o discurso da flexibilização normativa vem triunfando, com o conseqüente amolecimento da tutela legal e a inerente valorização da autonomia coletiva, agora dotada de amplos espaços regulativos *in pejus*²⁶. E isto, como é sabido, numa época histórica em que os sindicatos de trabalhadores atravessam, em ambos os países, uma assinalável crise de representatividade... Muda a missão da norma legal trabalhista, muda, inclusive, a função primacial da negociação coletiva: não se trata mais de fixar mínimos de tutela por via legal e de incrementar esses mínimos por via convencional; trata-se, isso sim, de estabelecer normas legais frouxas, em regra afastáveis *in pejus* por via negocial²⁷; e a convenção ou o acordo coletivo servem, em primeira linha, para salvaguardar e promover os interesses empresariais, mais do que os

da lei”, como dizia Montesquieu. Na verdade, encontra-se há muito metodologicamente superada a concepção segundo a qual o juiz deveria ser um mero “escravo da lei”. Já em 1952, Bockelmann expôs esta concepção nos seguintes termos: “O tribunal, ao aplicar o Direito, deve funcionar como um autômato, com a única particularidade de que o aparelho em função não é um mecanismo automático, mas um mecanismo lógico” (*apud* ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Trad. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 206). Ora, cremos que, por muito que a previsibilidade das decisões e a segurança jurídica sejam valores importantes, esta concepção puramente mecânica da atividade judiciária, que parece inspirar o novo § 2º do art. 8º da CLT, empobrece drasticamente a função do juiz – função interpretativa/integrativa e, nessa medida, sempre criativa – e deve ser metodologicamente rechaçada, no Direito do Trabalho como em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico.

- 26 Pois, frise-se, é disso, e apenas disso, que se trata. Como bem observa Márcio Túlio Viana, “a questão é que a lei *sempre pôde* ser negociada, desde que *para cima*. Como o elevador de um prédio sem subsolo, a convenção coletiva só podia subir, ou, no mínimo, ficar onde estava. Assim, o que se quer, na verdade, é a possibilidade de negociar a lei *para baixo*. O elevador passaria a ter subsolos” (*70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013. p. 125). Ora, dir-se-á, a partir da presente reforma trabalhista, o elevador passou mesmo a ter subsolos.
- 27 Em sentido muito crítico sobre esta reforma desconstrutora do trabalho e da sua proteção, considerando, outrossim, que a flexibilização por meio de negociação coletiva *in pejus* terá de observar apertados limites constitucionais, resultantes do disposto no art. 7º da Constituição Federal, *vd.* MENEZES, Cláudio Armando Couce. *Direito e trabalho – análise das reformas trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2017. p. 127-129.

DOCTRINA

interesses dos trabalhadores; e os próprios tribunais do trabalho deverão observar um “princípio de intervenção mínima” nesta matéria, afrouxando, também eles, o controle exercido sobre o conteúdo da convenção ou do acordo coletivo.

Talvez porque, como tantas vezes se diz, sem empresas não há emprego. O problema, porém, é que sem trabalhadores não há trabalho. E, cremos, ainda é o trabalho que, em última análise, produz riqueza e gera lucros para os titulares das empresas. E sem a garantia de trabalho digno, reconheça-se, não há qualquer possibilidade de construir uma sociedade decente.