

INDERROGABILIDADE DA NORMA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS EM FACE DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA: LIMITES IMPOSTOS PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Arion Sayão Romita*

“(…) i rapporti di lavoro sono rapporti in serie o, come oggi si dice, di massa, la tutela del lavoratore non soltanto è diretta a preservare l’ordine pubblico, ma più generalmente e immediatamente soddisfa un interesse sociale.” (As relações de trabalho são relações em série ou, como hoje se diz, de massa, a proteção do trabalhador não somente preserva a ordem pública, mas também de modo mais geral e imediato satisfaz um interesse social)¹

INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 2.113 do Código Civil italiano, de 1942: “Não são válidas as renúncias e as transações que têm por objeto direitos do empregado derivados de disposições inderrogáveis da lei e das convenções e acordos coletivos concernentes às relações de trabalho”.

A Consolidação das Leis do Trabalho brasileira, de 1943, não contém preceito idêntico, mas reza, no art. 9º, que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”; e, no art. 444, que “as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e as decisões das autoridades competentes”.

Embora sem referência expressa a renúncia e a transação, a lei brasileira, no fundo, reproduz o mesmo preceito do Código italiano, sem embargo

* *Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.*

1 SANTORO-PASSARELI, Francesco. *Saggi di diritto civile*. Nápoles: Dott Eugenio Jovene, 1961. t. II. p. 1.072.

de omitir o caráter inderrogável das normas que preveem os direitos. Não há dúvida, porém, de que os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do trabalho são irrenunciáveis e não podem constituir objeto de transação, ante o caráter inderrogável da norma que os assegura.

Essa afirmação é pacífica na doutrina trabalhista brasileira. Para citar apenas um autor, entre todos os que explanam a matéria, lembremos a lição de Evaristo de Moraes Filho: “O direito do trabalho é um direito imperativo, que limita deliberadamente a suposta liberdade de contratar, intervindo o Estado naquela esfera, outrora sagrada, da autonomia da vontade, da doutrina liberal. Escreve o Estado, com sua mão poderosa, a maioria das cláusulas do contrato de trabalho, sendo quase todas de interesse público, irrevogáveis e irrenunciáveis por pactos particulares”².

1 – INDERROGABILIDADE DA NORMA E INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS

Essas noções, que eram correntias durante os chamados “30 anos gloriosos” (os posteriores ao término da Segunda Guerra Mundial), sofreram abalo após a crise econômica gerada pela elevação dos preços do petróleo (1973-1979). Mediante negociação coletiva, passou-se a admitir a transação de direitos em determinadas hipóteses, expressa e taxativamente enumeradas (Constituição brasileira de 1988, art. 7º, incisos VI, XIII e XIV). Registra-se forte tendência a estender essa possibilidade a outros direitos, porém, impõe-se o reconhecimento de limites impostos pelos direitos fundamentais.

Na evolução histórica do direito do trabalho, passou-se gradualmente da necessidade de tutela dos benefícios de natureza pecuniária ao reconhecimento das consequências derivadas da implicação da pessoa do trabalhador no desenvolvimento da relação de emprego: se uma das partes (o empregador) utiliza somente valores econômicos e bens patrimoniais, a outra (o empregado) envolve e aplica a própria pessoa, daí a necessidade da adoção de um complexo de garantias particulares atinentes à posição jurídica típica dessa situação³.

Considerando que, de acordo com o disposto no art. 41 da Constituição italiana, de 1948, a dignidade humana constitui limite imposto ao desenvolvimento da iniciativa econômica privada, a doutrina peninsular preconizava

2 MORAES FILHO, Evaristo de. *Tratado elementar de direito do trabalho*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. v. 1. p. 37.

3 SMURAGLIA, Carlo. Indisponibilità e inderogabilità del diritto del lavoro. In: SANSEVERINO, Luisa Riva; MAZZONI, Giuliano (Dir.). *Nuovo trattato di diritto del lavoro*. Pádua: CEDAM, 1971. v. II. p. 711.

DOCTRINA

a tutela da liberdade moral do empregado, na qual se especificam os valores derivados do reconhecimento da dignidade humana⁴.

Certo, porem, é que, levadas em conta as observações acima, dada a inderrogabilidade da norma, os direitos assegurados ao empregado pelas fontes formais do direito do trabalho são irrenunciáveis; além disso, são indisponíveis, vale dizer, não podem constituir objeto de transação.

Por limitarem a autonomia contratual dos participantes, as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública⁵. Seus efeitos não podem ser tolhidos pela vontade dos contratantes, vale dizer, trata-se de normas de ordem pública social, por transcenderem o interesse puramente individual e visarem ao interesse social⁶.

Afirma-se que, do ponto de vista formal, o direito do trabalho pode ser qualificado como ordenamento de ordem pública⁷. Na classificação das normas jurídicas em imperativas e dispositivas (*ius cogens* e *ius dispositivum*) o critério decisivo é de ordem pública, pois as normas cogentes são de ordem pública, impositivas, inderrogáveis pela manifestação da vontade dos particulares, vale dizer, são aquelas cujos efeitos não podem ser renunciados pelos pactos privados. Esta noção remota ao direito romano. Papiniano disse: *ius publicum privatorum pactis mutari non potest* (o direito público não pode ser alterado pelos pactos dos particulares)⁸. Cabe esclarecer que, no direito romano, *ius publicum* designa as leis de ordem pública (não é direito público, segundo a concepção contemporânea)⁹.

Mas o que é, afinal de contas, ordem pública?

O conceito de ordem pública deriva da correlação existente entre a política e o direito. A ordem pública é o reflexo do ambiente geral da ordem jurídica vigente em determinado momento, em dada sociedade. Por isso, varia no tempo e no espaço. Ela é função da fisionomia social que o legislador retrata por meio do ordenamento jurídico. Fixando os limites dentro dos quais a autonomia de

4 SMURAGLIA, Carlo. *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1967. p. 347.

5 PERGOLES, Ferruccio. *Diritto del lavoro*. 3. ed. Bolonha: Dott. Cesare Zuffi, 1949. p. 13.

6 KROTOSCHIN, Ernesto. *Instituciones de derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1974. v. I. p. 13.

7 SANSEVERINO, Luisa Riva. *Curso de direito do trabalho*. Trad. Élson Gottschalk. São Paulo: LTr, 1976. p. 18.

8 D. Liv. II, tit. 14, *de pactis*, 38.

9 PEIXOTO, José Carlos de Matos. *Curso de direito romano*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fortaleza, 1950. t. I. p. 182.

cada qual pode movimentar-se, deve ser entendida como instrumento técnico do qual se serve a política para impor sua vontade aos indivíduos.

A importância essencial está ancorada nos requisitos básicos que a sociedade estima indispensáveis à sua própria estabilidade. Por este motivo, a ordem pública pode ser definida como “o conjunto de condições essenciais a uma vida social conveniente, fundamentada na segurança das pessoas e nos bens, na saúde e na tranquilidade pública”.

A ordem pública, em suma, consiste no conjunto de valores e preceitos que, em dado momento histórico, asseguram a coesão básica da sociedade, entendendo-se por coesão (ou solidariedade) social a consistência interna de um agregado social, refletida na capacidade de prevenir ou compor conflitos entre os componentes do grupo e a eficácia dos padrões de defesa externa.

Ante o exposto, deduz-se que, por serem de ordem pública, as normas de direito do trabalho são inderrogáveis, vale dizer, sua aplicação não pode ser impedida pelo consenso dos particulares. Consequentemente, os direitos por elas previstos em favor do empregado são irrenunciáveis em sede individual: caracteriza-se a norma inderrogável como *prius* e a indisponibilidade dos direitos como *posterius*. Por indisponibilidade, entenda-se: irrenunciabilidade e intransigibilidade. Da inderrogabilidade da norma deriva, portanto, a invalidade (ou nulidade: CLT, art. 9º) dos atos de disposição praticados pelo empregado.

2 – TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO DO TRABALHO: A FLEXIBILIZAÇÃO

A legislação que regula as relações de trabalho foi implantada no Brasil nos anos 30 e 40 do século XX, diante de circunstâncias históricas, sociais e culturais bem diferentes das de hoje.

No plano da economia, o Brasil era, naquela quadra histórica, “um país essencialmente agrícola”, começando a ingressar no campo da industrialização. Politicamente, vigorava no país um regime caracterizado pelo autoritarismo e pelo corporativismo, importados da Itália de Mussolini.

No início do século XXI, o Brasil é a nona economia do mundo industrializado e já assimilou os novos métodos de organização do trabalho introduzido pela cibernética e pela informática. Politicamente, o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, como se lê no art. 1º da Constituição de 5 de outubro de 1988. Parece certo, em consequência, que a legislação do trabalho adequada aos anos 30 e 40 do século XX não se afeiçoa às novas circunstâncias econômicas e políticas do país, no pórtico do século XXI.

DOCTRINA

Para que a solene afirmação lançada na Lei Maior no seu dispositivo inicial não passe de mera norma de fachada, será necessário fazer penetrar a ideia da democracia no campo da regulação das relações de trabalho. A democracia não deve restringir-se ao plano da organização dos poderes do Estado, mas deve também penetrar no âmago da regulação das relações de trabalho. Esta é a tarefa do jurista de hoje: pugnar pela democratização do regramento que preside às relações individuais e coletivas de trabalho. Urge expelir do ordenamento jurídico os resquícios de autoritarismo e corporativismo que ainda maculam a legislação do trabalho brasileira.

A legislação trabalhista brasileira é fruto da atividade intervencionista do Estado, que relega a plano secundário a autonomia coletiva dos grupos.

Quando implantada no país, a regulação estatal das relações de trabalho baseava-se em dois pressupostos: 1º) as relações coletivas de trabalho eram manifestações da luta de classes e suas consequências deveriam ser evitadas a qualquer preço, mediante o estabelecimento da paz social; e 2º) temia-se que as repercussões dessa luta pudessem afetar o conjunto da sociedade, devendo em consequência ser conjuradas no nascedouro quaisquer possibilidades de rebeliões sociais. O Estado, no desempenho de seu duplo papel de num tutelador dos interesses das classes dominantes e de mediador entre antagonismos sociais, intervém perseguindo diversos objetivos: 1º) desenvolver a regulação minuciosa das condições de trabalho, a fim de tornar desnecessária a ação sindical; 2º) condicionar os interessados a buscar no Estado a solução dos conflitos ocorrentes; e 3º) outros objetivos, que no momento não cabe analisar.

Como consequência dessa intervenção, abundante legislação é promulgada, em obediência a alguns pressupostos básicos, dos quais cabe destacar: heterorregulação das condições de trabalho; fragilidade – praticamente inexistência – da contratação coletiva; sindicato único imposto por lei e sujeito à intervenção do Estado; sindicalização por categorias; contribuição sindical criada por lei, como instrumento da submissão das entidades de classe ao Estado; competência normativa dos tribunais do trabalho, com o intuito de evitar o entendimento direto entre os grupos interessados; proibição da greve (logicamente, não há necessidade de greve, se há uma justiça do trabalho dotada de poder normativo); cooptação das lideranças sindicais no *establishment*.

Segue-se, porém, o período iniciado em 1978, que se consolida no ano imediato e se prolonga até os dias de hoje. Esse período se caracteriza pela afirmação de certo número de sindicatos livres da interferência do Estado; autonomia sindical; reconhecimento da autonomia coletiva; atuação de centrais

sindicais surgidas espontaneamente, à margem das entidades “oficiais”; prática incipiente da negociação coletiva; tolerância da greve.

Sobrevém a Constituição de 5 de outubro de 1988, que pretende implantar no país um “Estado Democrático de Direito” (art. 1º). No campo específico das relações de trabalho, esse desiderato não foi plenamente alcançado. Em parte, é certo que algumas medidas positivas foram adotadas, porém, muito do regime autoritário anterior foi conservado.

Para que o Brasil se constituísse efetivamente em Estado Democrático de Direito, seria necessário que adotasse o modelo da autonomia coletiva para a regulação das condições de trabalho. Em parte, a Constituição de 1988 atende a esse objetivo: dá ênfase à negociação coletiva, consagra a autonomia sindical e empresta regulação moderna e adequada ao direito de greve.

A legislação estatal, imposta de cima para baixo, enrijece as relações de trabalho, quer individuais, quer coletivas. Deixa pouco espaço para a flexibilidade, ou possibilidade, de adequação às exigências de cada hipótese concreta. Esta legislação aumenta de volume constantemente, mas o desemprego reduz o universo de trabalhadores aos quais ela se aplica.

Em certos casos, a rigidez exerce alguma influência não para estimular o empresário a dispensar empregados, mas para desestimulá-lo a admitir novos. E também anima trabalhadores que perderam o emprego, ou enfrentam dificuldades para encontrar o primeiro, à imersão no chamado setor informal do mercado de trabalho.

O tema da flexibilização das leis do trabalho revela-se fascinante porque, no exame desta matéria, o estudioso é obrigado a reconhecer quão procedente se mostra a “confissão de humildade” feita por Otto Kahn-Freund em sua preciosa obra dedicada *ao trabalho e o direito*: ele considera a lei uma força secundária nos assuntos humanos, especialmente nas relações de trabalho. A flexibilização opera seus efeitos, independentemente da manifestação dos teóricos. Muitos destes estudiosos pretendem parar o vento com as mãos: deblateram contra a flexibilização reclamam novas leis rígidas, mas o fenômeno, decorrente de transformações políticas e econômicas, segue seu rumo. Por outro lado, os entusiastas da flexibilização, muitas vezes exagerados ao ponto de postular a desregulação, não percebem que os fatos, no terreno da disciplina legislativa das relações de trabalho, submetem-se à viscosidade típica destes assuntos: a resistência que todo fluído oferece ao movimento relativo de qualquer de suas partes também se verifica nesta matéria, como em quase todas as demais

abrangidas no âmbito da política social, terreno fértil em que as convicções ideológicas dos autores encontram espaço para afirmação.

O direito do trabalho, entendido como o ramo do direito que promove a composição dos conflitos de interesses oriundos da prestação de trabalho subordinado e a adoção de medidas que visem à melhoria da posição social dos trabalhadores, desempenha um relevante papel social, podendo ser utilizado como instrumento da política de emprego. O direito do trabalho, mais do que qualquer outro ramo do direito, sofre a influência das mudanças e das transformações verificadas no campo político, por exemplo, pela instauração do regime democrático em substituição a um regime autoritário, mas também das modificações operadas no ambiente social e na situação econômica.

O direito do trabalho não pode subtrair-se à realidade econômica, política e social.

O conteúdo da relação de trabalho – ou seja, a regulação dos direitos e deveres dos sujeitos da relação contratual de trabalho – não cessa de evoluir sob a pressão dos fatores econômicos, ou, antes, do sistema de valores históricos e culturais da sociedade. O direito do trabalho constrói-se sobre uma realidade mutável e é diretamente influenciado pelos fatores econômicos, políticos, culturais e sociais, enfim, pela relação de forças existentes entre os interlocutores sociais.

Fala-se em crise econômica e em crise do direito do trabalho. A flexibilização seria uma das respostas a elas.

Diante da nova realidade, a palavra-chave do discurso econômico e social dos últimos anos é a flexibilidade do mercado de trabalho. Novamente deparamos questão semântica: o conceito de flexibilidade está longe de ser unívoco e todos – governos, empresários, sindicatos de trabalhadores – o manejam de acordo com seus propósitos específicos. Todos, de modo geral, o admitem, porque ninguém deseja aparecer como defensor do contrário, ou seja, da inflexibilidade. Que medidas, contudo, devem traduzir essa flexibilidade, com repercussão sobre as normas de direito do trabalho? Basicamente, podemos afirmar que a flexibilidade concerne às formas de contratação, à duração do trabalho, à estipulação dos salários, à negociação coletiva e, sobretudo, ao regime de dispensa¹⁰. O objetivo – geralmente aceito sem discrepâncias dignas de nota – seria o de ampliar a produtividade das empresas. O aumento da produ-

10 HOYO, Arturo. La flexibilización del derecho laboral tradicional: tendencias internacionales recientes. *Derecho Laboral*, n. 47, jul./set. 1987, p. 519.

DOCTRINA

tividade pode ser direto, quando resulta de produção adicional por empregado, ou indireto, quando deriva de maior flexibilidade no trabalho.

Se o mundo assistiu a um fantástico desenvolvimento econômico nos anos 1950 e 1960, os anos 1970 sofreram o reflexo da elevação dos preços do petróleo. O progresso tecnológico causou grande impacto sobre o emprego no interior da empresa e sobre a política de emprego na visão global da economia.

A crise econômica dos anos 1980 levou os empregadores, nos países de capitalismo avançado, a exigirem maior flexibilidade do mercado, do emprego e da organização do trabalho. O direito do trabalho passou a ser questionado. O poder dos trabalhadores organizados em sindicatos passou a ser hostilizado: reclamava-se menor ingerência dos sindicatos.

Sustenta-se que está ultrapassada a concepção de estruturas universais do tipo tayloriano e fordista. Horários personalizados, acomodação do tempo de serviço, salários dependentes dos resultados e do interesse revelado pelos empregados, círculos de qualidade, equipes autônomas, transferência de gestão, negociações mediante mútuas concessões, integração do trabalhador na vida da empresa – eis alguns tópicos da “panóplia” da parceria proposta.

A própria ação do Estado é posta no pelourinho. Os sindicatos reivindicavam, os empregadores recusavam e o Estado decidia “no sentido do progresso social”, a fim de restabelecer o equilíbrio de forças entre o capital e o trabalho. Afirma-se que essa fase de legislação unidirecional, unilateral, uniforme e autoritária findou. Os trabalhadores não se acham mais em estado de debilidade legal em face dos empregadores, o que é perfeitamente visível nas empresas que atuam no setor monopolístico do Estado.

Preconizam-se vários tipos de flexibilidade: econômica, técnica, social, mas, também, numérica e de gestão. A nova política social patronal, desenvolvida para enfrentar a crise, depende de uma melhor produtividade do trabalho e seu instrumento é a flexibilidade, conceito amplo, que cobre vasto espectro, desde uma flexibilidade das relações sociais (eliminação da rigidez jurídica), passando pela flexibilidade do aparato produtivo (automatização) e chegando à flexibilidade na utilização da força de trabalho (emprego do tempo de trabalho).

O instrumento apto a implementar as medidas de flexibilização do direito do trabalho é a negociação coletiva. Não se pode, porém, admitir que, pela via da negociação coletiva, todos os direitos dos empregados possam ser transacionados. Há limites para a atuação dos interlocutores sociais, limites esses derivados da observância dos direitos fundamentais.

3 – OS LIMITES IMPOSTOS À NEGOCIAÇÃO COLETIVA PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mercê do crescente prestígio da negociação coletiva, consequências práticas advêm da adoção dos novos métodos de gerenciamento do trabalho, surgidos após as transformações acima indicadas: 1º) mudança do lugar em que se processa a negociação entre empregado e empregador; 2º) mudança do nível da negociação; 3º) mudança do momento em que ocorre a negociação; 4º) mudança da natureza dos direitos negociados.

Atualmente, a negociação entre empregado e empregador se desenvolve nas Varas do Trabalho, quando do ajuizamento da reclamação pelo trabalhador que acabou de perder o emprego. As estatísticas informam que cerca de 60% das ações trabalhistas findam por acordo, de resto previsto e, a bem dizer, imposto por lei. Não por acaso, os órgãos de primeiro grau da Justiça do Trabalho chamavam-se, até bem pouco tempo atrás, Juntas de *Conciliação* e Julgamento. Só se julgava se fracassasse a conciliação.

Os órgãos de primeiro grau de jurisdição existem basicamente para conciliar. No momento processual da conciliação, os supostos direitos renunciáveis, inegociáveis, indisponíveis, etc. do trabalhador despem-se dessas características e passam a constituir objeto de um acordo, quase sempre confortável para o empregador. Os direitos do trabalhador só são indisponíveis na empresa enquanto se executa o contrato de trabalho. Depois disso, tornam-se perfeitamente negociáveis. Pois bem: desloca-se a negociação do espaço físico das Varas do Trabalho para a sede do sindicato ou da empresa. Na prática, as Varas do Trabalho passarão a exercer sua verdadeira função: julgar, e não (predominantemente) conciliar. O lugar da negociação não deve ser a Justiça do Trabalho, mas sim aquele que o contato direto entre os interessados indicar.

No momento atual, a negociação nas Varas do Trabalho se processa com a atuação exclusiva de empregado e do empregador, ambos com a assistência dos respectivos advogados (ansiosos pela celebração do acordo) e sob as vistas do magistrado (também ansioso pela ultimação do ajuste entre as partes para pôr fim ao processo). Esta negociação se dá, portanto, em nível individual. Não há participação do sindicato. Os direitos debatidos são exclusivamente os do reclamante, autor da ação. Não estão em jogo os interesses da coletividade de trabalhadores em que se integra o empregado envolvido no litígio. A negociação desejada, entretanto, é coletiva. Vai interessar a toda a coletividade, não apenas a este ou àquele reclamante, atomizado, considerado individualmente. O nível da negociação se altera: de individual torna-se coletiva. Os interesses dos trabalhadores serão considerados não como objeto de uma negociação

individual processada em juízo, mas como fonte de direito, envolvendo os de toda uma coletividade.

Hoje, a negociação ocorre após o término do contrato de trabalho. As estatísticas demonstram que, em sua esmagadora maioria, as reclamações trabalhistas são formuladas pelo empregado após a dispensa. A Justiça do Trabalho é justiça do desempregado, quando deveria ser *do empregado*. Ou seja, as ações deveriam ser propostas no curso da execução do contrato de trabalho, e não após o seu fim. Cumpre atribuir à negociação a tarefa de regular os contratos de trabalho existentes e os que vierem a ser celebrados posteriormente à vigência da norma coletiva. Daí resultará a redução do nível de conflitividade, porque a norma negociada será espontaneamente cumprida pelos empregadores. O maior interessado no cumprimento da norma é aquele que participou de sua elaboração. Nos dias que correm, o altíssimo nível de conflitividade verificado na prática deriva do caráter impositivo da norma heterônoma, que é aceita porque imperativa (temor da multa administrativa), mas não é acatada, sendo descumprida sempre que houver oportunidade. Implantado o regime de prevalência da autonomia coletiva privada, a Justiça do Trabalho passará a julgar as controvérsias derivadas da interpretação da lei e da norma coletiva, reduzindo-se consideravelmente o número de feitos ora em curso.

Finalmente, a mudança da natureza dos direitos negociados. Segundo o regime ora em vigor, a negociação envolve unicamente direitos de natureza individual, patrimonial e, portanto, disponíveis. A suposta irrenunciabilidade dos direitos outorgados por lei imperativa ao trabalhador, decantada pelos compêndios em obediência a uma tradição já ultrapassada pelas novas realidades econômicas e sociais, existe apenas no papel. Na realidade prática, o crescimento do setor informal e a negociação processada após a extinção do vínculo empregatício ou eliminam pela raiz os supostos direitos (trabalhador removido para o setor informal não tem qualquer direito trabalhista) ou os transformam em direitos negociáveis em nível individual. A realidade atual demonstra que a indisponibilidade dos direitos é noção própria de um passado longínquo: juridicamente, a Constituição de 1988 já transformou tais direitos em negociáveis, fulminando a decantada irrenunciabilidade; e praticamente, como objeto de transação judicial, jamais foram tidos por indisponíveis, uma vez que no acordo celebrado em juízo o resultado da conciliação engloba todas as verbas postuladas na ação em um só valor pecuniário, abrangendo a pretensão em sua totalidade para ensejar a extinção da demanda. Segundo a Constituição, os direitos que constituírem objeto da negociação coletiva serão – estes sim – indisponíveis em nível individual e só mediante novo processo de negociação poderão ser suprimidos, ampliados ou negociados.

DOCTRINA

Cabe, então, atentar para a distinção entre direitos absolutamente indisponíveis e direitos relativamente indisponíveis¹¹, existindo uma graduação hierárquica dos interesses tutelados¹².

A terceira revolução industrial, resultante da globalização da economia e do impacto das novas tecnologias sobre os métodos de organização do trabalho, determina a necessidade da criação de um novo direito destinado a reger as relações jurídicas formadas no mundo do trabalho da sociedade pós-industrial. Este novo direito do trabalho será necessariamente distinto do direito do trabalho clássico.

O mundo capitalista, até então assentado sobre a ortodoxia do gerenciamento convencional, sofre em cerca de duas décadas o impacto de descobertas científicas que vão gerar uma verdadeira revolução tecnológica, abrangendo o mais significativo conjunto de mudanças de toda a história e eclipsando todas as experiências anteriores da vida econômica.

Os avanços da revolução tecnológica não permitirão que as instituições permaneçam inalteradas. O capitalismo sofrerá consideráveis transformações, em face da competição que se desenvolverá em níveis internacionais, já que os capitais, a tecnologia e as ideias passarão a fluir com facilidade por cima das fronteiras.

Instaura-se uma era de incerteza permanente. Os produtos, em rápido processo de fabricação, são constantemente aperfeiçoados e submetidos a deterioração programada, por isso dotados de vida mais curta, a despeito do custo crescente do lançamento de novos itens no mercado. Os Estados e as empresas são levados a selecionar áreas de pesquisa e desenvolvimento: a complexidade das novas técnicas impede que todos busquem alcançar todos os objetivos ao mesmo tempo. Os governos não podem deixar de amparar as empresas nacionais (não necessariamente estatais) porque o fracasso ou malogro na competição efetiva tem efeito devastador na economia interna e afeta milhares, milhões de seres humanos interessados. A revolução tecnológica exige competência.

A função do direito no Estado-providência tradicional se exerce mediante um ordenamento protetor-repressivo, ao passo que, no Estado-providência adaptado à nova realidade, concebe-se o ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional. O legislador resiste à tentação de impor aos

11 LYON-CAEN, Gérard. Derecho del trabajo o derecho del empleo. In: *Evolución del pensamiento juslaboralista*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1997. p. 267.

12 DE LUCA TAMAJO, Raffaele. *La norma inderrogabile nel diritto del lavoro*. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1976. p. 246 e 269.

atores sociais um comportamento que entende desejável e, em vez de adotar essa atitude, cria mecanismos e procedimentos aptos a ensejar a esses atores sociais a autorregulação de seus interesses e a criação de meios de composição de suas controvérsias.

A função dos direitos fundamentais, em tal contexto, cresce de importância. O núcleo duro representado pela gama de direitos denominados fundamentais resiste ao embate dos novos acontecimentos de ordem econômica para reafirmar o império da necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana.

O direito do trabalho da sociedade pós-industrial gira em torno do eixo do respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores, com a finalidade de implantar o império da dignidade do trabalhador como pessoa humana, como ser que produz em benefício da sociedade. No desempenho dessa tarefa, os direitos fundamentais exercem dupla função: limitam o exercício do poder do empregador no curso da relação de emprego e representam barreira oposta à flexibilização das condições de trabalho mediante negociação coletiva.

Uma vez que o contrato de trabalho implica a subordinação e, portanto, a sujeição inevitável da pessoa do trabalhador, poder-se-ia imaginar uma oposição entre o direito do trabalho e os direitos fundamentais do trabalhador. Estes excluiriam a subordinação e, em consequência, aniquilariam o direito do trabalho. Não há, porém, tal oposição irreductível. A aplicação dos direitos fundamentais à relação individual de trabalho pode compatibilizar-se com a subordinação, desde que eles sejam entendidos pelo prisma da limitação dos poderes do empregador. Os direitos fundamentais – como diz Adalberto Perulli – formam a cabeça de capítulo do discurso sobre o controle do poder patronal¹³. No tocante às relações coletivas de trabalho, os direitos fundamentais exercem função relevante na limitação da liberdade negocial, quando se cogita de flexibilizar os direitos dos trabalhadores mediante negociação coletiva.

O Direito do Trabalho clássico, adequado a uma era de prosperidade econômica, fundava-se em verdades absolutas e apostava em certezas inabaláveis. Acreditava-se constituído por institutos eternos e imutáveis, imunes à ação do tempo e invulneráveis aos reclamos da realidade econômica. Era um direito vocacionado à proteção do hipossuficiente econômico e, portanto, estava sempre *in fieri*, em constante expansão, quer no tocante à ampliação do número de sujeitos protegidos, quer na incessante criação de novos benefícios em favor dos empregados, quer no incremento das vantagens existentes. Negava-se a

13 PERULLI, Adalberto. Les droits fondamentaux et le droit du travail. In: LYON-CAEN, Antoine; LOKIEC, Pascal (sous la dir.). *Droits fondamentaux et droit social*. Paris: Dalloz, 2005. p. 213.

DOCTRINA

possibilidade do retrocesso ou mesmo de paralisia social: mais, sempre mais, cada vez mais, era o lema que o caracterizava, o que inviabiliza a estipulação *in peius*, ou seja, aquela pela qual o trabalhador aceita redução salarial ou supressão de vantagens.

Naquela fase histórica, o direito do trabalho pressupunha a existência de princípios eternamente válidos no tempo e dotados de eficácia universal. Deles, destacava-se o celebrado “princípio protetor” (*rectius*: princípio de *proteção*, pois o princípio pode inspirar, mas não outorga diretamente a proteção). Era um direito integrado por normas coercitivamente impostas pelo Estado à vontade dos particulares. Tais normas se caracterizavam pela imperatividade: cogentes, impunham-se mesmo contra a vontade do trabalhador, tido por incapaz de manifestar validamente sua vontade, ante o estado de inferioridade econômica e social que o estigmatizava. Sequer se cogitava da possibilidade de contrabalançar a debilidade individual pela força cobrada mediante mobilização sindical. A negociação coletiva era desconhecida, ou menoscabada, pois em ambiente político de coloração autoritária (eram numerosos os regimes políticos dessa natureza no período anterior à Segunda Guerra Mundial) a atuação reivindicatória dos sindicatos era reprimida, como produto de ideologias de extrema esquerda.

À luz dessa concepção, fácil é compreender que os direitos assegurados ao trabalhador pelas leis imperativas ditas de proteção ao trabalho fossem tidos por irrenunciáveis, indisponíveis, insuscetíveis de transação, inidôneos a constituírem objeto de negociação (individual) entre empregado e empregador. A possibilidade de negociação coletiva mais tarde foi admitida, por força da crise econômica: sob o acicute da perda do emprego, os sindicatos foram compelidos a negociar a permanência no trabalho a troco de concessões econômicas de menor porte, como redução salarial e supressão de certos benefícios pecuniários.

Falava-se de “direitos inderrogáveis”, mas com evidente desacerto, porque inderrogável é a norma que assegura o direito, não o próprio direito. Esta será irrenunciável, intransacionável, mas não “inderrogável”.

Inicialmente, quer no exterior, quer no Brasil, a doutrina era acorde em asseverar que a irrenunciabilidade do direito deriva da inderrogabilidade da norma concessiva. A norma inderrogável priva o titular do *ius disponendi*. Paolo Greco, por exemplo, sustenta que deve ser a relação de trabalho regulada por normas de ordem pública e, o fato por isso, inderrogáveis pela vontade privada, acarreta a irrenunciabilidade por parte do sujeito a que são atribuídos

os direitos correspondentes¹⁴. Entendia-se que o estado de subordinação do empregado durante a relação de emprego e a redução de sua liberdade de vontade em face do empregador economicamente mais forte tornava indisponíveis os direitos assegurados ao trabalhador¹⁵. A ineficácia da renúncia alcançava todas as fases contratuais: antes, durante a execução e após a cessação¹⁶. Abria-se exceção para os direitos criados no próprio contrato, em virtude de pactuação com o empregador, e bem assim para os “direitos patrimoniais incorporados no patrimônio do empregador”¹⁷.

Atualmente, no Brasil, esta noção ainda desfruta grande prestígio no seio da literatura especializada. Para Mauricio Godinho Delgado, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas “concretiza, no âmbito da relação de emprego, a natureza impositiva característica à vasta maioria das normas juslaborais”¹⁸. Pinho Pedreira fundamenta o princípio da irrenunciabilidade das normas de direito do trabalho na imperatividade e na consequente inderrogabilidade das normas de direito do trabalho, todas praticamente de ordem pública e, pois, cogentes, a qual se acrescenta a “presunção de vício de consentimento nos atos jurídicos do empregado, resultantes de sua subordinação ao empregador”¹⁹.

Na verdade, porém, como diz Ojeda Avilés, não há tal: a indisponibilidade não deriva necessariamente da imperatividade da norma e a afirmação contrária expõe-se a equívoco. Deve-se levar em conta que “a regulação imperativa constitui uma técnica limitativa do poder normativo privado, que não influi senão de modo imediato sobre o poder dispositivo, de modo que as duas esferas de poder podem até não coincidir em seu exercício atual”²⁰.

Ante o exposto, deduz-se a existência de duas teorias que buscam justificar a indisponibilidade dos direitos do empregado em sede individual: a) a subjetivista, que a justifica com fundamento no estado de sujeição do empregado em face do empregador, que impede a livre-disponibilidade dos direitos; b) a objetivista, que sublinha a particular relevância dos valores e bens subtraídos

14 GRECO, Paolo. *Il contratto di lavoro*. Turim: UTET, 1939. p. 459.

15 SÜSSEKIND, Arnaldo; LACERDA, Dorval de; VIANNA, J. de Segadas. *Direito brasileiro do trabalho*. Rio de Janeiro, Livraria Jacinto, 1943. v. 2. p. 84-85.

16 LACERDA, Dorval. *Direito individual do trabalho*. Rio de Janeiro: A Noite, s/data (mas 1949). p. 155.

17 LACERDA, Dorval. *A renúncia no direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Max Limonad, s/data. p. 119 e 140.

18 DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 90.

19 SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. *Principiologia do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 90.

20 OJEDA AVILÉS, Antonio. *La renuncia de derechos del trabajador*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971. p. 72.

à disponibilidade do empregado, mediante a avaliação de prioridade relevante mais para a coletividade em geral do que para o próprio empregado.

A primeira teoria pode ser hoje tida por arcaica e ultrapassada. Realmente, ela não convence: à inderrogabilidade da norma não corresponde automaticamente a indisponibilidade absoluta dos direitos²¹. Não se trata de uma negação do poder de disposição do trabalhador a propósito dos próprios direitos, mas, sim, de limitação objetiva e funcional da autonomia negocial do interessado. Por isso, são válidos os atos de disposição praticados após a cessação do contrato de trabalho. Caso contrário, seria nula a transação realizada em juízo (conciliação ou acordo de que cuidam os arts. 764, 846 e 831, parágrafo único, da CLT). A invalidade da renúncia e da transação representa, pois, um limite imposto à autonomia negocial do empregado em função da efetiva satisfação dos direitos, valendo acentuar que a debilidade contratual do empregado em face do empregador se registra tanto no curso da relação quanto após a cessação do contrato de trabalho²².

A indisponibilidade não se estende aos direitos patrimoniais, mas alcança os direitos da personalidade. Os direitos, por sua natureza indisponíveis, são imprescritíveis, enquanto os de natureza patrimonial estão sujeitos à prescrição. Não são sujeitos à prescrição os direitos absolutamente indisponíveis, vale dizer, os direitos da personalidade²³.

Insustentável é a tese de que a irrenunciabilidade dos direitos encontra razão de ser na subordinação inerente ao contrato de trabalho e, portanto, cessada a relação, válida seria a renúncia porque deixa de existir a subordinação. A mesma afirmação vale para os argumentos fundados em um suposto (e inexistente) temor reverencial e em um suposto (e inexistente) vício do consentimento. A inderrogabilidade da lei não cessa quando finda a relação contratual. Quem sustenta a tese oposta admite que a norma é até certo ponto imperativa e, após o término do contrato, passa a ser dispositiva. Inadmissível é que a lei seja imperativa até determinado momento para, depois, transformar-se em dispositiva. Esta é a razão pela qual são por lei considerados restritos os efeitos do recibo da quitação, válidos apenas no tocante dos valores nele consignados (CLT, art. 411, § 2º). A renúncia a direitos após a extinção do vínculo é inaceitável, porque a procura de empregos sempre supera a oferta e, nestas condições, o ex-empregado sofre pressão econômica que o impele à prática de atos em seu

21 FERRARO, Giuseppe. *Autonomia e poteri nel diritto del lavoro*. Pádua: Dott. Antonio Milani, 1992. p. 230 e 238.

22 GHERA, Edoardo. *Diritto del lavoro*. Bari: Cacucci, 1987. p. 436.

23 MAZZIOTTI, Fabio. *Diritto del lavoro*. Nápoles: Jovene, 1977. p. 563.

detrimento. Findo o contrato, o trabalhador se encontra em situação econômica desvantajosa, o que fala em prol da atuação da lei em seu favor.

Escapa à increpação de anulabilidade dirigida aos atos de renúncia a conciliação operada em juízo, porque neste caso pressupõe-se a ocorrência de concessões recíprocas entre as partes (hipótese assimilada à transação), e não renúncia unilateral, como esclarece Uckmar²⁴. A conciliação, *ad instar* da transação, tem lugar quando há *res dubia*, isto é, quando há incerteza sobre algum aspecto da demanda (exemplos: discrepância jurisprudencial a respeito da interpretação controvertida da lei; incerteza quanto a fatos). A conciliação traz vantagens para ambos os contendores, que assim evitam a álea judicial.

Fora de dúvida é que a inderrogabilidade da legislação trabalhista visa não propriamente ao interesse particular do trabalhador individualmente considerado, antes persegue fins de interesse geral ou de ordem pública (interpretação teleológica). Interesse geral deve ser entendido como aquele que possa ser considerado social, na medida em que, embora atinente a determinado grupo, diga respeito à sociedade, entendida em sentido amplo (exemplo: combate ao desemprego). A noção de ordem pública, por seu turno, como visto anteriormente, identifica o complexo de princípios fundamentais do próprio ordenamento jurídico, cujo fim é manter e perpetuar a coesão social.

De qualquer forma, não de ser tidos por irrenunciáveis os direitos da personalidade do trabalhador, tal como dispõe o art. 11 do Código Civil brasileiro de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”²⁵.

Operou-se, portanto, no curso da evolução histórica do direito do trabalho, uma alteração na proposta metodológica aplicável à indisponibilidade dos direitos assegurados individualmente por lei ao empregado. No centro do direito do trabalho não se coloca mais a norma inderrogável *in se* – porque tradicional ou ideal –, mas, sim, o direito indisponível²⁶.

Os estudos doutrinários em torno da questão da inderrogabilidade da norma trabalhista e bem assim da indisponibilidade dos direitos dos trabalhadores

24 UCKMAR, Antonio. Le transazioni e renuncie nel contratto d'impiego. In: *Seritti vari di diritto corporativo e di diritto del lavoro*. Pádua: CEDAM, 1936. p. 339.

25 GEDIEL, José Antonio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 151 e ss.

26 TULLINI, Patrizia. Indisponibilità dei diritti del lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno. In: *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Milão: Franco Angeli, 2008 (3). n. 119. p. 485.

DOCTRINA

indicam várias soluções, entre as quais se mencionam: 1^a) a distinção entre o momento genético do direito e o direito já adquirido; 2^a) a distinção entre indisponibilidade absoluta e indisponibilidade relativa; e 3^a) a indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo.

O consenso em torno da noção de que a indisponibilidade dos direitos assegurados por lei ao trabalhador só se justifica pela necessidade de reequilibrar a posição da inferioridade socioeconômica do trabalhador ampara a tese de que a indisponibilidade só alcança os atos coevos à constituição da relação. Seria nula, em consequência, por exemplo, a cláusula do contrato que previsse a renúncia antecipada às férias ou ao repouso semanal. Seriam nulos, também, os atos de renúncia aos direitos coletivos como, por exemplo, o exercício do direito de greve. Os direitos já adquiridos poderiam constituir objeto de renúncia. Objetou-se a esta teoria que a dependência jurídica do obreiro, existente durante a vigência do contrato de trabalho, uma vez cessada a relação, dá lugar a um estado de necessidade econômica que inviabilizaria a renúncia mesmo após a extinção do vínculo²⁷.

A segunda distinção acima aventada, entre indisponibilidade absoluta e relativa, pressupõe a classificação dos direitos em primários e secundários. Os primeiros seriam os derivados de norma inderrogável, como a Constituição (só seriam indisponíveis os direitos garantidos pela própria Constituição), enquanto os outros seriam os direitos patrimoniais assegurados por norma imperativa de natureza ordinária. No primeiro caso, os direitos seriam absolutamente indisponíveis, vale dizer, não se admite, em hipótese alguma, possam eles ser negociados. Já no segundo caso, a renúncia seria válida, porque sobre os direitos poderia ser exercido, em determinadas hipóteses, o *ius disponendi* do trabalhador.

A segunda distinção não se confunde com a primeira, acima referida. Nesta (a primeira) faz-se referência ao mesmo direito, considerado em dois “momentos” diversos da própria existência, enquanto na outra (a segunda distinção) estão em jogo duas situações jurídicas distintas.

A distinção entre direitos primários e secundários pode ser considerada adequada ao direito brasileiro vigente, já que os primeiros se identificam com os direitos fundamentais assegurados pela Constituição e bem assim pelos tratados internacionais ratificados, enquanto os demais podem constituir objeto de negociação coletiva, autorizada pela própria Constituição. Aqui, toca-se no

27 ARANGUREN, Aldo. *La tutela di diritti del lavoratore*. Pádua: CEDAM, 1981. p. 24 (v. 7 da Enciclopedia Giurídica del Lavoro dirigida por Giuliano Mazzoni).

ponto crucial da indisponibilidade relativa, ou, em outros termos, possibilidade de estipulação *in peius* mediante negociação coletiva.

A terceira distinção acima indicada, entre indisponibilidade no plano individual e no plano coletivo, constitui objeto de estudos na doutrina já há quase meio século. Barassi já observara que a preeminência da lei imperativa (destinada a compensar a debilidade socioeconômica do trabalhador) é facilmente justificável, quando aplicada à estipulação individual. Porém, quando entra em cena a entidade sindical, o indivíduo deixa de ser débil. A debilidade do empregado cessa quando, em seu lugar, negocia o sindicato, cuja característica essencial é exercer contra poder em face do empregador (que tem, por natureza, poder econômico). Equilibrados os pratos da balança pela negociação coletiva, já não se justifica a inderrogabilidade da lei. Justifica-se, assim, a estipulação *in peius*, porquanto o sindicato assegura vantagens coletivas mais relevantes em certos casos, sacrificando determinados direitos patrimoniais para obtenção, por exemplo, de garantia dos empregos existentes²⁸. Esta modalidade de negociação já é posta em prática na Europa desde os anos 1960, como esclarece Armand Kayser. Esta nova modalidade de negociação coletiva, apta a fixar níveis de direitos inferiores aos estabelecidos em lei, justifica-se duplamente: 1º) o sistema de negociação coletiva restabelece o equilíbrio econômico entre as partes; 2º) no próprio interesse dos trabalhadores é oportuno considerar as necessidades do grupo, que só o sindicato pode validamente estimar²⁹.

Leva-se em conta a circunstância de que os fatores de inferioridade do trabalhador individualmente considerado são afastados no plano coletivo e, em consequência, não há razão para conservar o caráter cogente das disposições legais, cuja imperatividade decorria unicamente da exigência de reforço da posição individual.

Quando se considera a negociação coletiva, não se está diante de uma hipótese de “disposição” do direito, mas de regulamentação desse mesmo direito. O sindicato age não “dispondo” do interesse individual de cada trabalhador, porém disciplinando suas relações futuras com o empregador. Observa Piera Fabris que, não obstante, tal negociação não tem por objeto a composição dos interesses individuais contrapostos, isto é, os conflitos individuais entre empregado e empregador, mas, sim, a melhor composição final dos interesses da própria coletividade interessada³⁰.

28 BARASSI, Ludovico. *Il diritto del lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1957. p. 119. v. 1.

29 KAYSER, Armand. Le fonti del diritto del lavoro nel diritto del paesi membri della Comunità. In: BOLDT, G. et al (a cura di). *Le fonti dei diritto dei lavoro*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1962. p. 30.

30 FABRIS, Piera. *L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1978. p. 331.

DOCTRINA

Convém não confundir aquisição do direito com modo de exercício de direito. Não se confundem as duas noções: a aquisição do direito não pode ser objeto de renúncia antecipada, mas o modo de exercê-lo pode perfeitamente ser negociado. Assim, seria nula a cláusula da convenção coletiva de trabalho segundo a qual o sindicato concorra com a supressão do direito de férias, porém válida seria a regulamentação, posto que em desconformidade com a lei, para facilitar aos trabalhadores o gozo do direito em atenção às peculiaridades da profissão representada pelo sindicato.

A disponibilidade dos direitos dos trabalhadores por meio da negociação coletiva encontra limite nos direitos fundamentais dos trabalhadores. Não podem ser negociados direitos como a honra, o respeito à intimidade, o direito aos repousos, o direito ao salário mínimo, o direito de greve, etc., embora o modo de exercê-los possa e deva constituir objeto de regulamentação pela via da negociação coletiva. São, em resumo, aqueles direitos que a doutrina denomina os “mínimos de direito necessário”³¹.

Os direitos fundamentais dos trabalhadores (portanto, direitos indisponíveis em caráter absoluto, insuscetíveis de renúncia mesmo em sede coletiva) são os seguintes:

- direitos da personalidade (honra, intimidade, imagem);
- liberdade ideológica;
- liberdade de expressão e de informação;
- igualdade de oportunidades e de tratamento;
- não discriminação;
- idade mínima de admissão ao emprego;
- salário mínimo;
- saúde e segurança do trabalho;
- proteção contra a despedida injustificada;
- direito ao repouso (intervalos, limitação da jornada, repouso semanal e férias);
- direito de sindicalização;
- direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa;

31 REIS, Daniela Muradas. Crise do Estado Social e negociação coletiva. In: PIMENTA, José Roberto Freire et al. (Coord.). *Direito do trabalho – evolução, crise, perspectivas*. São Paulo: LTr, 2004. p. 200.

- direito à negociação coletiva;
- direito de greve; e
- direito ao ambiente de trabalho saudável.

Estes são os direitos fundamentais do trabalhador na relação de trabalho. São direitos intangíveis, irrenunciáveis, postos a salvo das estipulações *in peius* no bojo da negociação coletiva. A norma coletiva não pode, sob pena de ofensa à dignidade do trabalhador como pessoa humana, negar ao empregado o direito à aquisição de qualquer desses direitos. Não se pretende, com esta afirmação, impugnar o direito dos interlocutores sociais de negociar o modo de exercício desses direitos. Uma vez reconhecido o direito, as partes coletivas podem (e devem), com apoio na autonomia coletiva privada, pactuar o modo pelo qual eles serão exercidos. Tais direitos são direitos fundamentais no trabalho, afirmados em decorrência da proclamação da dignidade da pessoa humana como valor supremo a ser observado pelo Estado Democrático de Direito e pela sociedade que se quer justa e solidária.

4 – CONCLUSÃO

Em 1927, Georges Scelle publicou seu *Précis Élémentaire de Législation Industrielle*, em cuja “conclusão” revela, em síntese, a evolução da regulação das relações individuais de trabalho: no princípio, foi a lei do patrão; a seguir, veio a lei do Estado; no futuro, teremos a lei da autonomia negocial coletiva. Em precioso parágrafo, que merece transcrição na íntegra (para não trair o pensamento do autor), disserta ele:

“No começo, nós nos encontramos em presença de uma concepção autoritária da organização do trabalho: a corporação estreita e imutável do *ancien régime*, o patrão autocrata e proprietário do Código Civil. Após o estágio intermediário do estatuto legal e da intervenção legislativa, entrevemos o advento de uma regulamentação competente, técnica, autônoma da produção, baseada no consenso e no acordo de seus fatores essenciais: o capital, a força de trabalho e a ciência técnica. A lei unilateral de empregador ou do Parlamento se transforma, pelo contrato coletivo e pelas organizações paritárias, em lei convencional que emana dos próprios interessados, poderíamos dizer em governo direto e democrático da produção.”³²

32 SCELLE, Georges. *Précis élémentaire de législation industrielle*. Paris: Recueil Sirey, 1927. p. 350.

Se visualizarmos o caso brasileiro, chegaremos à triste conclusão de que essa previsão (que conta quase um século) infelizmente não se tornou realidade entre nós. Das três etapas enumeradas por Scelle, só percorremos as duas primeiras: inicialmente a lei do patrão; em seguida, a legislação intervencionista estatal, na qual nos detivemos e dela não nos libertamos. Não se pode dizer que, entre nós, vigora a lei da negociação coletiva. A autonomia negocial coletiva não encontra espaço para manifestar-se, ante a minuciosa e rígida legislação (a partir da própria Constituição) e ainda sujeita a limitação imposta pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Nem é de se esperar que a situação se altere, pelo menos ao cabo de umas 15 ou 20 gerações... Ainda estão bem vivas no inconsciente coletivo dos interlocutores sociais e dos profissionais do direito as noções autoritárias e corporativistas que nos foram legadas pelo Estado Novo getuliano.

Curiosamente, alguns países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal (que viveram experiência política como a que experimentamos nos decênios 1930 e 1940), conseguiram libertar-se dos malefícios do autoritarismo e do corporativismo, enquanto, no Brasil, aquelas ideias vieram para ficar.

O exemplo de Portugal merece ser lembrado.

Ao dispor sobre as “relações entre fontes de regulação”, o art. 3º do Código do Trabalho português (Lei nº 7/09, de 12 de fevereiro) prevê que “as normas legais reguladoras de contrato de trabalho podem ser afastadas por instrumento de regulação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário”. Este preceito reproduz e desenvolve o que já se continha no art. 4º do Código do Trabalho de 2003.

O que vai ser exposto a seguir refere-se ao Código de 2003, mas conserva inteira validade em face do Código de 2009, já que nada mudou, no particular.

A mais importante das normas contidas no Código é, sem dúvida, o art. 4º, que “constitui uma norma fundamental, um autêntico preceito-chave na economia do Código”. Ele é o “símbolo de ruptura com o regime jurídico precedente”³³, já que aboliu o *favor laboratoris*, a bem dizer o princípio basilar e clássico do velho direito do trabalho. Segundo esse abolido princípio – como se recorda –, as fontes de direito superiores prevalecem sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas –, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável ao trabalhador. A regra era da aplicação norma mais favorável ao

33 AMADO, João Leal. Tratamento mais favorável e o art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português: o fim de um princípio? In: AAVV. *A reforma do Código do Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 112.

trabalhador, ainda que contida em preceito de hierarquia inferior, de sorte que só eram admitidas estipulações *in melius*. As estipulações *in peius* eram írritas e sem qualquer efeito. Pois bem, isto mudou: de acordo com o preceituado pelo art. 4º, nº 1, do Código do Trabalho português, “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”.

Como explica Luís Gonçalves da Silva, “a norma permite a intervenção dos instrumentos de regulamentação coletiva, quer em sentido mais favorável aos trabalhadores, quer em sentido menos favorável, uma vez que nesta situação os trabalhadores são representados – instrumentos de natureza negocial – pelos sindicatos, razão pela qual se encontram em situação de igualdade (formal e material) com os empregadores”³⁴.

A partir de 1º de dezembro de 2003, em Portugal, por força do disposto no art. 4º, nº 1, do Código de Trabalho, o negociado prevalece sobre o legislado. Entenda-se: negociado em sede coletiva, e não individual, porque a autonomia proclamada pelo Código é a coletiva (sindicato), e não individual (trabalhador considerado isoladamente). A prevalência da lei sobre o contrato individual é mantida pelo Código: de acordo em o disposto no art. 4º, nº 3, “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”. Vale dizer, no plano individual, como sucedia no passado e continua no presente, as estipulações *in peius* são írritas e sem qualquer efeito (isto é, são nulas, a exemplo do que previsto pelo art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho brasileira).

As normas contidas no Código do Trabalho português apresentam dupla característica: são imperativas em face do contrato individual de trabalho e supletivas diante da Convenção Coletiva de Trabalho.

Em face do que resulta do art. 4º do Código, João Leal Amado assevera que “o nº 1 deste artigo traduz (...) um verdadeiro atestado de óbito do *favor lavoratoris* relativamente à contratação coletiva, dele se extraíndo que, em princípio, o direito do trabalho legislado possui um caráter facultativo ou supletivo em face da contratação coletiva, ou seja, conclui-se que as normas legais serão, em regra, normas *convênio-dispositivas*, isto é, normas livremente afastáveis por convenção coletiva. Destarte, doravante, o quadro legal poderá ser alterado *in peius* pela convenção coletiva, o que implica uma mutação

34 SILVA, Luís Gonçalves da. Anotação ao art. 4º. In: AAVV. *Código do Trabalho anotado*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2007. p. 83.

DOCTRINA

(dir-se-ia revolução) na filosofia básica inspiradora do direito do trabalho: de um direito com uma vocação tutelar relativamente às condições de trabalho, imbuído no princípio da norma social mínima, transitamos para uma espécie de direito neutro em que o Estado recua e abandona a definição das condições de trabalho à autonomia coletiva³⁵ (grifo do original).

O Código do Trabalho operou, portanto, uma revolução copernicana no direito do trabalho português: dele resulta um “direito do trabalho menos garantístico e mais transacional, em que aumenta o espaço concedido à autonomia coletiva em virtude do relaxamento da regulação estadual (= estatal) das condições de trabalho – um direito do trabalho que, assim, muda de alma”, como ensina o jurista supracitado³⁶.

Não há dúvida: experiências jurídicas não se transplantam. O exemplo da mudança operada na legislação trabalhista portuguesa em 2003, e conservada pela revisão de 2009, de nada vale perante o direito do trabalho brasileiro. Serve apenas como exercício de imaginação...

35 AMADO, João Leal. *Ob. cit.*, p. 115.

36 AMADO, João Leal. *Ob. e loc. cit.*