

O NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO*

Cláudio Armando Couce de Menezes**

SUMÁRIO: I – Introdução; II – A questão da negociação coletiva derogatória como meio de flexibilização; 1 Objetivos; 2 Negociação coletiva *in pejus*; III – Conclusão.

I – INTRODUÇÃO

É fato de todos conhecido que o discurso da prevalência do negociado sobre o legislado, que se insere no quadro da flexibilização dos direitos trabalhistas e sociais, é alimentado por grandes interesses internos e externos, que encontram ampla ressonância no executivo e na base governista do Congresso Nacional.

Sem falar na mídia e em setores afinadíssimos com o empresariado tupiniquim e estrangeiro. São cada vez mais frequentes os seminários, congressos e simpósios destinados à celebração do culto da negociação coletiva e da flexibilização dos direitos trabalhistas. Infelizmente, na pauta desses eventos, nada se discute acerca da reformulação da estrutura sindical brasileira, reconhecimento das centrais dos trabalhadores, participação dos trabalhadores nos destinos da empresa, substituição processual ampla pelas organizações sindicais, etc.

II – A QUESTÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA DEROGATÓRIA COMO MEIO DE FLEXIBILIZAÇÃO

1 Objetivos

A prevalência da negociação coletiva sobre o legislado não é fenômeno atual. Tal coisa sempre foi possível no sentido de favorecer o trabalhador. Através da concessão de direitos e vantagens não previstos na lei ou melhorando o mínimo nela estabelecido.

Sucede que agora se busca, através da desconstrução do arsenal de proteção do trabalhador, a redução dos direitos e benefícios assegurados há décadas. Em outras palavras, a convenção e os acordos coletivos perderiam seu papel de fonte suplementar do Direito do Trabalho para assumir um papel de regulador de interesses e objetivos econômicos, sob a retórica da necessidade de se criar mais empregos ou manter os postos de trabalho existentes.

* Texto da exposição apresentada no 2º Congresso de Magistrados da Região Sudeste, Ribeirão Preto, SP, em 06.12.2001.

** Juiz do Trabalho da 17ª Região.

Será verdade, todavia, que a supressão ou flexibilização das regras tutelares importa em melhora nos níveis de desemprego? Serve essa derrogação das normas trabalhistas e sociais ao implemento e renovação da economia?

A resposta a essas perguntas poderia começar com o Ministro do Trabalho FRANCISCO DORNELLES quando confessa, com todas as letras, que as alterações na lei trabalhista não vão gerar um “boom de empregos”, “mas apenas *ajudar* a manter as já existentes, ameaçadas pela rigidez da legislação”.¹

Além do citado membro do governo federal, poderíamos lembrar dados fornecidos pelo jornal “Estado de São Paulo”,² onde se verifica que o relaxamento das normas trabalhistas em diversos países não resultou em fomento significativo de emprego; ao contrário, em maior rotatividade da mão-de-obra, segregação social e outras mazelas.

Esse quadro é retratado por diversos estudiosos na Espanha atual, onde a flexibilização da legislação trabalhista só fez aumentar as taxas de acidentes do trabalho, o *dumping* social entre as empresas e as dificuldades no terreno da seguridade social.³

Por outro lado, ALAN SUPIOT, expoente do Direito do Trabalho Europeu, destaca em informe à Comissão Européia⁴ que a “rigidez” do mercado de trabalho e a “excessiva generosidade” dos sistemas sociais, em prática em vários países da Europa, não afastam a competitividade dessas economias.

Interessante também é o estudo publicado pela “*The Economist*”,⁵ onde esta revista compara o crescimento, o PIB e a taxa de desemprego da Alemanha (sistema social trabalhista rígido) e dos Estados Unidos (sistema flexível) entre meados da década de 80 e meados da década de 90, concluindo que os índices se equívalem.

Porém, mais significativo ainda é o relatório de 1999 sobre emprego da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Neste documen-

1. Jornal do Brasil de 02.11.2001.

2. Caderno Conjuntural de 08.07.1997, “Emprego, Salário e Encargos”.

3. “Lo que la flexibilidad está dando origen es un mayor nivel de inestabilidad en la relación laboral potenciando la figura de un trabajador temporal vinculado de forma intermitente a uno, sucessivamente, a varias empresas y sometido a los vaivenes de un tipo de ocupación marcado por la sucesion de períodos de ocupación e y espacio desempleo.” (JOSÉ ESCOBAR JIMENEZ, “La reforma laboral de 1994”, Colección Estudios, Cuenca, Espanha, 1966, citado por NOEMIA C. GALDURÓZ COSSERMELLI. “O Direito do Trabalho e suas perspectivas numa sociedade em transformação”, Revista LTr, nº 10, vol. 65, 10/01, p. 1196)

“La flexibilización, pues, tiene una repercusión en el terreno de la Seguridad Social en términos de mayores dificultades de obtener los correspondientes y, por tanto, de expulsión de la protección; o, en su defecto de conseguir sólo prestaciones de intensidad protectora reducida.” (SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA, Reforma Laboral y Seguridad Social, RL, 1994, in “La Reforma...”, ob. cit., apud NOEMIA C. GALDURÓZ COSSERMELLI, p. 1996)

4. “Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo futuro del Derecho del Trabajo em Europa” – Valencia, Tirant lo blanc, p. 282, nota 4, 1999, citado por MARCUS ORIONE GONÇAVES CORREIA, “Flexibilização com FAIR PLAY?”, Revista LTr, vol. 65, nº 09, 09/2001, p. 1047.

5. 10.11.1999, p. 67-69.

to, a OCDE informa que 30% dos seus membros nos países europeus, têm taxas de desemprego mais baixas que os EUA, entre eles, Portugal, Áustria e Noruega.⁶ Conclui o relatório que o causador do desemprego nos seus países-membros não é a rigidez do mercado de trabalho, assim como a rigorosa legislação protetiva do emprego, mas o despreparo educacional e técnico de diversos regimentos dos trabalhadores frente às inovações tecnológicas.⁷

Apesar disso, há ainda quem cite como exemplo os Estados Unidos e a Inglaterra no campo das experiências bem-sucedidas de flexibilização, e até de desregulamentação.

Quanto à Inglaterra do pós-moderno TONY BLAIR, o quadro é um pouco diferente da utopia neoliberal propagada por alguns. Segundo dados colhidos pela imprensa inglesa e francesa, a Inglaterra apresentava, na virada do século, os maiores desníveis salariais e índices de pobreza dos países desenvolvidos da Europa,⁸ o maior número de jovens pobres nos países do 1º mundo⁹ e a jornada mais dilatada dos países europeus.¹⁰ E, por fim, uma enorme quantidade de assalariados em sistema *part-time*,¹¹ o que obriga com frequência o trabalhador inglês e a trabalhadora inglesa a cumular dois ou mais empregos para fazer frente ao custo de vida que, no Reino Unido, está entre os mais altos da Europa.

Pressionado por esse quadro de grande fragilidade social, o governo da “terceira via” inglesa iniciou um processo de revisão da política trabalhista, buscando reforçar os sindicatos, desmantelados pelo thatcherismo. E, heresia das heresias para os fundamentalistas neoliberais, conseguiu aprovar lei que estipula um salário mínimo.¹²

Portanto, é preciso se proteger do canto das sereias do neoliberalismo. Recorde-se que, na mitologia, as sereias eram seres demoníacos que, sob uma aparência enganosa, arrastavam os incautos para o fundo do mar. Por isso, o artilheiro ULISSES, ao retornar de Tróia, pediu para ser amarrado ao mastro de sua embarcação, a fim de poder ouvir o seu *canto*, sem sofrer as conseqüências do seu *encanto*...

6. OCDE, 1999: 50, *apud* RANDS, Maurício. “Desregulamentação e Desemprego: Observando o Panorama Internacional”. *Revista do TST*. Vol. 63, nº 3, Porto alegre: Síntese, abr.-set./2001, p. 83.

7. *Idem*.

8. “Le Monde”, 28 septembre 2000, “L’Expansion”, Paris, 5 mars 2001 e “Le Monde Diplomatique”, nº 565, avril 2001, p. 1.

9. *Idem*.

10. ANTUNES, Ricardo. *Os Sentidos do Trabalho*. 4. ed., São Paulo: Boitempo Editorial, 2001, p. 33/4.

11. “Le Monde”, 28 septembre 2000, “L’Expansion”, Paris 5 mars 2001 e “Le Monde Diplomatique”, nº 565, avril 2001, p. 1.

12. “A política trabalhista do Governo TONY BLAIR parte do pressuposto de que a desregulamentação empreendida por MARGARETH THATCHER e JOHN MAJOR causou um desequilíbrio contraproducente entre os poderes do empregador e dos sindicatos de trabalhadores. O resultado foi um crescimento desmesurado dos desníveis salariais, da autocracia patronal e da erosão do ambiente de trabalho” (MAURÍCIO RANDS, *ob. cit.*, p. 85).

2 *Negociação coletiva in pejus*

No problema do negociado sobre o legislado, a primeira questão que surge é a da possibilidade da convenção coletiva derrogar normas do direito positivo em desfavor do trabalhador.

No direito coletivo do trabalho de vários países há essa possibilidade. Em compensação, há toda uma base protetiva que torna a negociação, para pior, bem menos dramática do que em países subdesenvolvidos, com relações trabalhistas já bastante precárias, como é o caso do Brasil. Nesse *background*, existente nos países desenvolvidos, destaca-se uma forte proteção social e previdenciária, além de limites bastante claros ao jogo da flexibilização.

Na Espanha, por exemplo, são os direitos tidos como intangíveis ou inderrogáveis aqueles oferecidos como conteúdo mínimo em prol dos trabalhadores pela lei.¹³

A França, por sua vez, estabelece, no art. 132-4 do seu Código do Trabalho, que na convenção e o acordo coletivo de trabalho não pode haver derrogação de disposições de ordem pública (leis e regulamentos).¹⁴ Aliás, este preceito consagra também,

13. "El control de legalidad de un CCT puede originarse atendiendo a un doble orden de motivaciones: por la presunta conculcación de la legalidad vigente, o por causa de lesionar gravemente el interés de terceros (art. 90, 5, LET).

En relación con las primeras, es evidente que no bastará con que se produzca cualquier disimilitud entre el ordenamiento estatal y la regulación convencional que contenga el CCT, sino que será precisa la violación de normas imperativas o propositivas (STCT 20 dic.80, Ar. 6779), se cual fuere su rango legal (art. 3, 1 LET). Entre las desiones más frecuentes, que la Autoridad laboral há de concretar y fundamentar (art. 136, pár. 2º LPL), podrían señalarse, ejemplificadamente, las estipulaciones *in peius* respecto de contenidos normativos mínimos de la LET (art. 3,3), la convención sobre materias excluidas de la competencia convencional de las partes (arts. 26,3; 83, 2 LET), la disposición de derechos intangibles (art. 4, LET), la negociación del convenio al margen del cauce estatutario (arts. 85 y ssLET), o la violación del deber de buena fe negocial (art. 89,1, pár. 3º LET)." (L.E. DE LA VILLA/ G. GARCÍA BECEDAS/I. GARCÍA-PERROTE, in "Instituciones de Derecho de Trabajo", p. 154, Editorial Ceura, Madrid, 1983)

14. "La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter de dispositions plus favorables que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements" (art. 132-4).

A propósito dessa regra, MARIE-LAURE MORIN ("Le Droit des Salariés à la Négociation Collective. Principe Général du Droit", Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1994, p. 596 e 602), tece as seguintes considerações:

"Principe général, le droit à la négociation ne peut pas supprimer les droits et avantages constitutionnels ou fondamentaux ou, le cas échéant, internationaux des salariés. Cette exclusion a un fondement hiérarchique. Les principes constitutionnels et fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution échappent à la négociation collective, comme l'a rappelé le conseil constitutionnel."

"Les règles qui édictent des interdictions ne sont pas susceptibles de dérogation, même si elles peuvent être jugées plus favorables. Il n'est pas du pouvoir des négociateurs de supprimer l'interdiction du travail du dimanche."

"Il existe aussi des règles prescriptives qui ont la même finalité. Elles sont nombreuses dans le domaine de l'organisation du temps de travail (la règle de l'horaire collectif, de l'horaire ou du repos hebdomadaire, par exemple). Les prescriptions en matière d'hygiène et sécurité du travail (l'obligation de la visite médicale périodique ne sont pas seulement dictée par le souci de protection du travail, mais aussi

no âmbito coletivo, a norma mais favorável ao trabalhador.¹⁵ Portugal, para citarmos apenas um outro país, acolhe também esse princípio protetor no art. 13 da Lei de Contrato de Trabalho, não admitindo disposições negociais que piorem as condições do trabalhador, quando em contradição com a lei mais favorável.

No Brasil, a negociação *in pejus* já vem ocorrendo como “balão de ensaio” dos revisionistas neoliberais.

Podemos citar os casos de:

- a) supressão de intervalos para o almoço e refeição;
- b) pagamento do cheque devolvido pelo frentista do posto de gasolina;
- c) limitação das horas *in itinere*. O trabalhador fica à disposição do empregador em transporte por este concedido, pelo menos duas horas diárias, mas o pacto coletivo determina o pagamento de apenas 1 hora;
- d) redução do período de estabilidade por acidente do trabalho;
- e) ampliação do prazo para anotação das CTPS, com a criação de um “período de experiência” não previsto em lei;
- f) hora noturna de 60 minutos.

Esses casos e outros mais, que podem ser recolhidos aqui e ali, esbarram, como também esbarrará qualquer lei ou Medida Provisória que venha ao mundo jurídico, na Constituição Federal. Com efeito, a Magna Carta expressamente consignou os casos em que o negociado pode derogar o legislado: art. 7º, nos incisos VI, XIII e XIV.¹⁶

Ali estão os parâmetros constitucionais à flexibilização via negociação coletiva. O negociado sobre o legislado não pode ultrapassar os limites constitucionais estabelecidos na regra maior: compensação de jornada e redução de salário.

par des considérations tenant à l'hygiène publique. Les règles relatives à la tenue des différents registres obligatoires sont destinées à permettre le contrôle du respect des droits des salariés et des prescriptions légales, etc.”

15. “Pour apprécier la portée de ce texte, il faut, ici aussi, distinguer les règles relatives à hiérarchie des sources, du principe de faveur, comme principe de solution de concours, lorsque la convention collective et la loi sont également applicables. Le principe de faveur exprime la fonction propre du droit à la négociation collective dans le système juridique; il n'est pas une exception à la hiérarchie des sources” (MARIE-LAURE MORIN, ob. cit., p. 594).

“Il résulte donc de l'article L. 132-4 que la convention collective ne peut pas déroger aux droits aux avantages individuels ou collectifs que les salariés tiennent de la loi. Mais se sont des droits MINIMA qui peuvent toujours être améliorés. Si une nouvelle loi plus favorable que la convention en vigueur intervient, c'est elle qui l'emportera sans qu'il y ait cumul” (MARIE-LAURE MORIN, ob. cit., p. 604).

16. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

- VI – irredutibilidade de salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva;
- XIV – jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva.

A respeito da norma constitucional, recorde-se que a Constituição não deve ser interpretada sob a ótica da lei ou de medida provisória. Ao contrário, é a norma (lei, medida provisória, decreto, convenção coletiva) que deve ser interpretada e aplicada conforme a Constituição.

Assim, vindo à tona diploma que autorize a negociação coletiva em detrimento da lei mais favorável ao trabalhador, o juiz deverá analisar se esta norma e o instrumento coletivo que nela se baseia, estão de acordo com os mandamentos constitucionais; não sendo o caso, não poderá observar o pacto coletivo, sob pena de negar vigência à própria Constituição.

Contudo, poder-se-ia, talvez, afirmar que o art. 7º, XXVI, da CF, ao reconhecer as convenções e acordos coletivos, permitiria a negociação coletiva derogatória.

Não e não!

Em primeiro lugar, essa regra constitucional apenas reafirmou o que já estava no art. 611, *caput*, da CLT,¹⁷ que jamais autorizou a supressão ou redução de qualquer direito trabalhista.

Em segundo lugar, o inciso XXVI, da CF, não pode ser lido, interpretado e aplicado fora do artigo em que está inserido, onde o legislador constituinte ressaltou, expressamente, as hipóteses de derrogação de direitos trabalhistas pela via coletiva. A tal se opõe a interpretação lógico-sistemática, tão (convenientemente) esquecida por alguns...

Em terceiro lugar, se o aludido inciso XXVI autorizasse derrogação pura e simples dos direitos trabalhistas pela negociação coletiva, não teria procurado o governo, através de projeto de Emenda Constitucional, inserir na Carta Magna a ampla supressão ou redução dos direitos dos trabalhadores.

Mas os apologistas da negociação coletiva sobre o legislado, cientes da fraqueza do seu argumento fundado na interpretação estreita do inciso XXVI, da CF, vão ao art. 7º, VI, do Estatuto Constitucional, para buscar apoio jurídico à sua retórica. Afir-mam que se a Constituição admite o mais, a negociação dos salários admite o menos, que seria a derrogação dos demais direitos, secundários em relação à irredutibilidade salarial.

Sucede que o inciso VI concede apenas a possibilidade de redução dos salários, *strictu sensu*, vez que outra coisa não é que a elevação, ao patamar constitucional, de circunstâncias anteriormente admitidas (Lei nº 4.923 e art. 503, da CLT).¹⁸ De resto,

17. Art. 611, da CLT: Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, a relações individuais.

18. Art. 503, da CLT: "É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25%, respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região".
Parágrafo único. Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

repita-se,¹⁹ não se pode retirar de um preceito isolado conseqüências que são desmentidas pelo todo. Seriam redundantes, inúteis, os incisos XIII e XIV, da CF, se admitida a força derogatória total do inciso VI. É o óbvio relutante...

Assim, seja por uma interpretação histórica, seja sob uma interpretação lógico-sistemática, não há como se endossar a prevalência do negociado sobre o legislado fora dos apertados limites constitucionais.

Mas, alguém poderia opor a tudo o que até agora dito que sindicatos e centrais de trabalhadores sempre defenderam a primazia da negociação coletiva. Concordamos. Todavia, como salientam essas mesmas lideranças sindicais, e inúmeros estudiosos das relações do trabalho, a negociação coletiva que se quer ampla e derogatória da lei, requer primeiro a liberdade sindical, com a possibilidade de filiação do trabalhador às entidades de sua escolha, o fortalecimento das centrais e sindicatos, com o abandono do sistema de pulverização das entidades obreiras, marcado por agremiações nãicas, sem qualquer representatividade. Também nesse espírito de liberdade sindical, deve ser assegurada a representação real dentro da empresa, uma lei de greve mais liberal, a garantia do acesso dos sindicatos ao interior da empresa, disciplina rigorosa contra atos anti-sindicais e substituição processual nos moldes do art. 8º, III, da CF, e não nos acanhados limites do Enunciado nº 310 do CTST.

Negociação coletiva com prevalência sobre a lei, sem liberdade sindical efetiva e reformulação da estrutura sindical atual, só servirá a propósitos escusos. Não é à toa que o empresariado e os setores conservadores e reacionários da sociedade e da comunidade jurídica estão a favor do atual projeto do Ministro DORNELLES. Não se ouve deles, contudo, qualquer menção ao fortalecimento das organizações sindicais, reformulação da lei de greve, implementação de comitês e comissões internas para fiscalização das leis e das convenções coletivas (como na França e na Alemanha, por exemplo), ampliação da substituição processual, acesso dos sindicatos aos estabelecimentos da empresa, maior empenho do Ministério do Trabalho em ver aplicada a legislação trabalhista, etc.

III – CONCLUSÃO

Em suma, no tocante do negociado sobre o legislado, não se faz presente entre seus apologistas, a honestidade e a seriedade exigidas em debate de tal importância. Sobram, porém, o descomprometimento com a realidade e os reclamos da sociedade, bem como discursos cínicos e falaciosos.

19. Art. 2º, da Lei nº 4.923/65: “A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo, com a entidade sindical representativa de seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente a 3 (três) meses prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário mínimo regional e reduzidos proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores”.