

REFORMA TRABALHISTA E NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO BRASIL

LABOR REFORM AND COLLECTIVE BARGAINING IN BRAZIL

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO*

Fundação Getúlio Vargas, Brasil

Resumo: A Reforma Trabalhista implementada no ano de 2017 no Brasil não valorizou a negociação coletiva, como havia sido anunciado. As mudanças introduzidas valorizaram muito mais a negociação individual, permitindo que, em alguns casos pontuais, como o dos empregados mais bem aquinhoados e com diploma de nível superior, a liberdade de contratação individual se sobreponha a deliberação por meio da representação da categoria. Essa opção é sintomática e apresenta consequências potencialmente muito danosas. A Negociação Coletiva é o Direito do Trabalho por excelência. Valorizá-la, incentivá-la e criar mecanismos para que seja cada vez mais eficaz é valorizar o Direito Laboral em sua vertente mais democrática. A negociação individual, por outro lado, representa o retorno ao Direito Privado. Um flagrante retrocesso, pelo menos para o Direito do Trabalho enquanto ciência.

Palavras- Chave: Negociação individual; negociação coletiva; reforma trabalhista de 2017.

Abstract: The Labor Reform implemented in 2017 in Brazil did not value collective bargaining, as it was announced. The changes introduced have made individual negotiation much more valuable, allowing, in some specific cases, such as the better-off employees with a higher education degree, the freedom of individual contracting to override the deliberation through the representation of the category. This option is symptomatic and has potentially damaging consequences. Collective Bargaining is Labor Law par excellence. To value it, encourage it and create mechanisms to make it more and more effective is to value labor law in its most democratic aspect. Individual negotiation, on the other hand, represents the return to Private Law. A blatant setback, at least for Labor Law as a science.

Key Words: Individual negotiation; collective bargaining; labour reform of the year 2017.

Introdução

Em seus dois discursos de posse, em abril, como interino, e em agosto, como efetivo, do ano de 2016, o presidente Michel Temer evidenciou que uma de suas prioridades seria a realização de uma reforma trabalhista. Esse anúncio causou preocupação e desconfiança entre numerosos operadores e estudiosos do direito do trabalho e entre parcela significativa das representações de trabalhadores. Provocou, por outro lado, certo alento e esperança entre os empresários e seus representantes.

O anúncio da proposta do governo foi feito em 21 de dezembro de 2016. De sua exposição de motivos se extrai que seus objetivos eram aprimorar as relações do trabalho no Brasil por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e

* Professor de Direito Trabalhista da Fundação Getúlio Vargas – EAESP/FGV e da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Titular da Cadeira n. 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. jorgeboucinhasfilho@yahoo.com.br.

empregadores; atualizar os mecanismos de combate à informalidade da mão-de-obra no país; regulamentar o art. 11 da Constituição Federal, que assegura a eleição de representante dos trabalhadores na empresa, para promover-lhes o entendimento direto com os empregadores; e atualizar a Lei n.º 6.019, de 1974, que trata do trabalho temporário.

As propostas, contudo, não agradaram completamente o empresariado e suas representações sindicais. Eles esperavam medidas mais drásticas. Confirmaram, contudo e em grande medida, o receio da classe trabalhadora de que o novo governo empenhar-se-ia para flexibilizar as regras legais ainda vigente por meio da adoção de um modelo que permite derrogação da legislação estatal sobre algumas matérias por meio de negociação com sindicatos de trabalhadores.

Havia, naquele momento histórico, duas formas antagônicas de analisar as medidas já tomadas e aquelas apenas propostas. Sob uma perspectiva pessimista, reconhecendo nelas o risco de «desagradar gregos e troianos». As proposições não eram tão impactantes quanto pareciam desejar as representações dos setores econômicos, o que poderia desagradá-los. Modificariam, por outro lado, dogmas muito caros a representação dos trabalhadores, o que lhes provocaria descontentamento.

Sob uma perspectiva otimista, era possível, naquele momento, crer que ao apresentar ao parlamento medida que não interferia tão drasticamente quanto se temia no sistema vigente, o governo demonstrava preocupação em não desagradar por completo a classe trabalhadora reconhecendo, aparentemente, a importância da manutenção de um bom clima entre estes, a Administração e os empregadores para a retomada do crescimento do país.

Havia, contudo, um longo caminho a percorrer antes da aprovação final das medidas.

O Projeto de Lei inicialmente apresentado como «Minirreforma trabalhista» foi tombado como Projeto de Lei (PL) 6.787, de 2016. A Comissão Especial destinada a proferir parecer quanto ao seu texto, foi criada mediante Ato da Presidência da Câmara dos Deputados de 3 de fevereiro de 2017, constituída e instalada em 9 de fevereiro desse mesmo ano. A Relatoria do Projeto de Lei apresentado pelo Poder Executivo coube ao Deputado Federal Rogério Marinho, do PSDB-RN (Partido da Social Democracia Brasileiro).

Sob o pretexto de «ouvir todas as partes envolvidas, garantindo o direito de manifestação de setores do Governo Federal, do Judiciário Trabalhista, do Ministério Público do Trabalho, de representantes dos trabalhadores e dos empregadores, de especialistas os mais diversos, enfim, de todos os interessados em se manifestar», foram realizadas 17 audiências públicas, 7 seminários e outras quarentas reuniões menores e debates. Foi colocado à disposição da sociedade o acesso tanto ao Portal e-Democracia quanto a um endereço eletrônico específico da Comissão Especial para o recebimento de críticas e sugestões. Ao todo foram apresentadas 850 emendas ao Projeto, das quais apenas 8 foram retiradas pelos próprios autores.

O relator, Deputado Rogério Marinho, apresentou seu relatório no final de abril de 2017, acolhendo grande número de emendas parlamentares e transformando a minirreforma numa reforma significativamente mais robusta. O projeto apresentado em Dezembro tinha 13 pontos específicos, o substitutivo apresentado no final de abril quase 40 itens que implicaram na alteração de cerca de 200 dispositivos (entre alteração de artigos, parágrafos e alíneas e inclusão de novos preceitos) da Consolidação das Leis do Trabalho.

Em 26 de abril de 2017 o relatório foi aprovado pela Comissão por 27 votos a 10 e seguiu para o Plenário, onde foi aprovado, na forma do substitutivo do relator, na madrugada do dia 27 de abril de 2017 por 296 votos a favor e 177 contra.

No Senado Federal o Projeto recebeu a numeração PL 38/17 e, por 46 votos a 19, foi aprovado requerimento de tramitação em caráter de urgência.

O principal efeito prático desta medida consistia justamente em impedir o retorno do texto para nova análise das comissões, caso fossem apresentadas emendas (sugestões de alterações) ao texto, o que acabou não acontecendo. Em 11 de julho de 2017, como há era esperado, o Senado Federal aprovou a reforma trabalhista por 50 votos favoráveis, 26 contrários e uma abstenção.

O texto aprovado foi idêntico ao aprovado pela Câmara dos Deputados. O seu relator no Senado, Romero Jucá (PMDB-RR – Partido do Movimento Democrático Brasileiro), recomendou, contudo, que o Palácio do Planalto promovesse ajustes no Projeto de Lei (PLC) 38/2017, por veto ou medida provisória.

Em 13 de julho de 2017, sem demora alguma, o texto é sancionado pelo Presidente da República, com a promessa de que o governo editaria Medida Provisória para alterar pontos negociados com os Congressistas, o que somente foi feito pela Medida Provisória 808, em 13 de dezembro de 2017.

Além de consagrar a possibilidade de sobreposição das regras negociadas sobre as legisladas às regras estipuladas em lei também quando em desfavor aos trabalhadores, o projeto de lei excluiu expressamente a exigência de negociação coletiva de situações onde haviam sido expressamente consagradas. Percebe-se, outrossim, que ao passar pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados o foco da reforma trabalhista deixou de ser a negociação coletiva. Analisando seus preceitos é possível concluir que passou a ser a segurança jurídica nas relações de trabalho. Essa conclusão é possível extrair da seguinte passagem do Relatório apresentado pelo Deputado Rogério Marinho (PSDB-RN – Partido da Social Democracia Brasileiro), aprovado na Comissão por 27 votos a 10 e no Plenário por 296 votos a favor e 177 contra:

«O Substitutivo apresentado não está focado na supressão de direitos, mas sim em proporcionar uma legislação mais moderna, que busque soluções inteligentes para novas modalidades de contratação, que aumente a segurança jurídica de todas as partes da relação de emprego, enfim, que adapte a CLT às modernizações verificadas no mundo nesses mais de 70 anos que separam o nascimento da CLT deste momento»¹.

O escopo do presente trabalho é analisar a negociação coletiva no Brasil após a reforma trabalhista de 2017. A metodologia utilizada para tanto foi a análise dogmática do texto legal e dos entendimentos jurisprudenciais correlacionados, por meio de uma revisão bibliográfica em textos de direito do trabalho.

Exclusão da exigência de negociação coletiva

Lendo detidamente os preceitos de lei alterados e os inseridos no texto da Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei 6.019/74 percebe-se que as mudanças implementadas excluíram a exigência de negociação coletiva de diversas situações para as quais a jurisprudência havia consagrado a medida.

¹ Disponível em: goo.gl/beNaSr.

A primeira situação digna de menção é a do banco de horas. Contrariando o disposto na Súmula 85, V do Tribunal Superior do Trabalho², que claramente exigia que o regime anula de compensação de jornada fosse negociado coletivamente, a Lei 13.467/17, no novo §5º do artigo 58-A da Consolidação das Leis do Trabalho, expressamente estatui que: O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.

De forma similar, a reforma trabalhista dispensou a prévia aprovação em negociação coletiva para a formalização da jornada 12X36 (doze horas trabalhadas seguidas de trinta e seis horas de descanso, permitindo que ela seja pactuada também por acordo individual escrito. O artigo 59-A não poderia ser mais claro em sua redação:

«Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação».

A nova lei contrariou, outrossim, o entendimento dos Tribunais do Trabalho, notadamente do Tribunal Superior do Trabalho³, segundo quem essa jornada, por ser

² Assim dispõe a Súmula: “As disposições contidas nesta súmula não se aplicam ao regime compensatório na modalidade “banco de horas”, que somente pode ser instituído por negociação coletiva”.

³ É o que denota o seguintes julgados: Recurso de Revista. Reclamada. Jornada 12x36. Exigência de Previsão em Norma Coletiva. Ultratividade da Norma. Impossibilidade. Inaplicabilidade da Nova Redação da Súmula Nº 277 Do TST Ao Caso. Princípio da Segurança Jurídica. 1- O TRT deu provimento ao recurso ordinário do sindicato reclamante, para afastando a ultratividade da norma e a teoria da aderência limitada por revogação, aplicadas ao caso pela sentença, considerar inválida a jornada de 12x36, no período de 1º/7/2010 a 31/12/2011, haja vista não haver previsão em norma coletiva que a amparasse. 2 - A pretensão da reclamada é obter a aplicação da nova redação da Súmula n.º 277 do TST ao caso dos autos, declarando-se a adesão ao contrato de trabalho da cláusula normativa que autorizou a jornada 12x36, no período o de 1º/7/2010 a 31/12/2011. 3 - A atual redação da Súmula n.º 277 desta Corte, alterada em 14/9/2012, prevê que "as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho". 4 - Diferentemente de outras súmulas, que advêm de construção jurisprudencial das Turmas e da SDI desta Corte, firmadas no decorrer do tempo, a nova redação da Súmula n.º 277 do TST decorreu da interpretação do Pleno quanto aos arts. 7º, 114, § 2.º, da CF/88 levando em conta os julgados da SDC, de maneira que não pode ser aplicada retroativamente. Caso contrário, abalaria a segurança jurídica em relação às normas coletivas firmadas sob a égide de sua anterior redação, segundo a qual as cláusulas de normas coletivas vigoravam no prazo assinalado no instrumento. Precedentes desta Corte. 5 - Inviável a admissão do recurso de revista, dada a conformidade do acórdão do Regional com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, e não se pode falar, portanto, que foi contrariada a Súmula n.º 277 do TST, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. 6 - Recurso de revista de que não se conhece. (TST - RR: 7002720125180002, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: Dejt 26/06/2015) Acordo de Compensação. Jornada 12x36. Ausência de Previsão em Norma Coletiva. Invalidez do Regime Compensatório. A jurisprudência desta Corte superior é de que o regime compensatório de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso somente é válido quando celebrado via acordo coletivo, nos termos do que dispõe o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, dada a excepcionalidade desse regime. In casu, ficou consignado pelo Regional que o regime de 12x36 horas em que laborava o reclamante não estava previsto em norma coletiva de trabalho, tendo o Regional asseverado ser irrelevante a inexistência de negociação coletiva ou acordo escrito entre as partes para efeito de convalidação do regime especial examinado. Portanto, o entendimento adotado pelo Regional, de que é válido o regime especial de trabalho 12x36, independentemente da previsão em norma coletiva, violou o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, de acordo com o qual a compensação de horários somente pode ser pactuada em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Recurso de revista

excepcional, somente poderia ser autorizada por meio de negociação coletiva de trabalho.

O texto legal deixa dúvidas, inclusive, quanto à exigência de acordo individual escrito para a formalização do banco de horas e da jornada 12X36. Não obstante a literalidade dos artigos 58-A e 59-A, o texto do artigo 59-B parece caminhar no sentido de autorizar, ou pelo menos reconhecer validade, a compensação mesmo mediante acordo tácito. Observe-se:

«Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional».

O texto permitia, portanto, a depender da forma como o dispositivo em comento viesse a ser aplicado, que passemos de uma situação de exigência de negociação coletiva para formalização da compensação por banco de horas para uma situação de admissão até mesmo de acordo tácito. A repercussão dessa modificação foi tão negativa que o governo recuou e modificou o preceito em questão ao editar a Medida Provisória 808 em novembro de 2017.

O artigo 61, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho permaneceu inalterado. Permanece possível que a duração do trabalho exceda do limite legal ou convencional para fazer face a motivo de força maior, atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto. O projeto de lei fez questão de reafirmar, no §1º, a dispensa de negociação coletiva para tanto, ao estatuir que “O excesso, nos casos deste artigo, pode ser exigido independentemente de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.” A única mudança perpetrada no aludido dispositivo foi a dispensa da comunicação à autoridade competente em matéria de trabalho, que deveria, anteriormente, ser feita no prazo de dez dias.

A instituição do regime de contratação intermitente mediante acordo escrito, o que, a princípio, permite que seja feito por acordo individual, também evidencia uma forma de desprestígio à negociação coletiva. Perdeu-se, na pior das hipóteses, uma ótima possibilidade de valorizar a negociação coletiva por meio de uma exigência de pacto com a participação do sindicato.

Outro ponto em que não se prestigiou efetivamente a negociação coletiva, não obstante ela tenha sido expressamente mencionada, foi na formalização de quadro de carreira capaz de justificar desnível salarial entre empregados. O § 2º do artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho dispensou, para o reconhecimento de sua validade, qualquer forma de homologação ou registro em órgão público. Não exigiu, contudo, que fosse resultado de uma negociação coletiva bem-sucedida na medida em que o admitiu

conhecido e provido. Acúmulo de Função. Divergência Jurisprudencial não Demonstrada. Os arestos citados para o cotejo de teses são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, item I, do TST, por não consignarem as mesmas premissas fáticas e jurídicas delineadas pelo Regional na hipótese destes autos, especialmente no tocante ao fato de que, no caso, a Corte de origem asseverou não haver provas de exigência, pela reclamada, do desenvolvimento de outras funções alheias ao contrato de trabalho, sendo que nos paradigmas citados essa circunstância consta expressamente como fator determinante. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 642004520085150114 64200-45.2008.5.15.0114, Relator: José Roberto Freire Pimenta, data de Julgamento: 16/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013)

por meio de norma interna de empresa. Esse permissivo torna pouco provável que, na prática, negociações coletivas discutam esses termos.

A situação, contudo, que seguramente mais chamou a atenção foi a da dispensa coletiva. Desde o julgamento do ED-RODC n. 30900-12.2009.5.15.0000, de relatoria do Ministro Maurício Godinho Delgado, conhecido como caso EMBRAER, a negociação prévia coletiva com o sindicato, para que alternativas menos drásticas fossem consideradas, passou a ser um pré-requisito da dispensa coletiva. O Tribunal Superior do Trabalho passou a adotar esse entendimento com base a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, considerada descumprida em razão de no julgamento que figurou como *leading case* desta tese.

Sem definir o que seriam dispensas plúrimas e distingui-las das dispensas coletivas, o novo artigo Art. 477-A. da CLT apenas estabeleceu que:

«As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação».

A dispensa coletiva, portanto, a despeito de toda a sua repercussão social e econômica, passará a ser tratada como qualquer dispensa singular. Sem formalidades. Sem tentativas de minorar seus efeitos ou de pensar solução alternativa juntamente com a representação de trabalhadores.

Sobreposição da negociação individual sobre a negociação coletiva

Muito se falou e há muito tempo se fala sobre a sobreposição do negociado sobre o legislado. A Lei 13.467, no entanto, não consagrou apenas essa nova regra de hierarquização das normas trabalhistas. Consagrou também, ao inserir um parágrafo único no artigo 444 da CLT, a hipótese de sobreposição da negociação individual sobre a negociação coletiva:

«Art. 444. [...] Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social».

O texto não poderia ser mais claro. O que os trabalhadores que recebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social doravante irá se sobrepor até mesmo ao que for deliberado por sua categoria em negociação coletiva que resultar em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Não há como extrair outra conclusão da afirmação “com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos”.

Também quanto a este ponto verifica-se flagrante desprestígio à negociação coletiva, em contradição a tudo o que havia sido afirmado por ocasião da apresentação da versão inicial do então projeto de reforma trabalhista.

Negociado sobre legislado

O Ministro do Trabalho e Emprego e Deputado Federal licenciado Ronaldo Nogueira de Oliveira enalteceu, na exposição de motivos do Projeto de Lei encaminhado para o Congresso Nacional, a evolução no diálogo social entre trabalhadores e empregadores brasileiros desde a redemocratização em 1985. Destacou a Constituição Federal de 1988 como um marco nesse processo, ao reconhecer no inciso XXVI do art. 7º as convenções e acordos coletivos de trabalho. E asseverou que o amadurecimento das relações entre capital e trabalho vem se dando com as sucessivas negociações coletivas que ocorrem no ambiente das empresas a cada data-base, ou fora dela.

Ilustrou suas assertivas com exemplos dos bancários, metalúrgicos e petroleiros que, em sua opinião, prescindem há muito tempo da atuação do Estado para chegar a entendimento com as empresas.

Manifestou preocupação com o fato de os pactos laborais apresentarem sua autonomia questionada judicialmente e com a insegurança jurídica que daí decorreria. Ressalta que diversas decisões judiciais reveem pactos laborais firmados entre empregadores e trabalhadores, em razão da falta de um marco legal claro dos limites da autonomia da norma coletiva de trabalho.

Evidenciando que essas decisões estariam na contramão do decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 590415 / SC. No julgamento desta ação, que questionava o plano de dispensa incentivada do BESC/Banco do Brasil, o Ministro Luís Roberto Barroso sustentou que no âmbito do direito coletivo, não se verifica, portanto, a mesma assimetria de poder presente nas relações individuais de trabalho, não se sujeitando a autonomia coletiva da vontade aos mesmos limites que a autonomia individual. Ronaldo Nogueira de Oliveira destacou ainda, em sua exposição de motivos, passagem em que Barroso deixa claro que estão protegidos contra a negociação *in pejus* os direitos que correspondam a um “patamar civilizatório mínimo”, notadamente a anotação da CTPS, o pagamento do salário mínimo, o repouso semanal remunerado, as normas de saúde e segurança do trabalho, dispositivos antidiscriminatórios, a liberdade de trabalho etc. E que, por conseguinte, direitos que excedem esse patamar civilizatório mínimo sujeitar-se-iam, por conseguinte, à negociação coletiva, um valioso mecanismo de adequação das normas trabalhistas aos diferentes setores da economia e a diferenciadas conjunturas econômicas. Justificou, assim, a medida destinada a sobrepor a negociação coletiva ao disposto expressamente nos textos legais substituindo o princípio da norma mais favorável, que determina a aplicação da regra que mais beneficiar o trabalhador, pelo princípio da norma mais específica, que orienta a aplicação da norma mais próxima da realidade fática da relação de emprego, seja ela a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.

A mudança altera o princípio da norma mais favorável cuja aplicação, segundo Américo Plá Rodriguez, outorga a direito do trabalho seu caráter peculiar por questionar o pressuposto de que entre normas de hierarquia diferente dever-se-i considerar a de grau superior e entre normas de igual hierarquia dever-se-ia fazer prevalecer a promulgada mais recentemente. Prevalecerá doravante o princípio da norma mais específica (Plá Rodriguez, 200: 123). Noutras palavras, aquela que estiver mais próxima da realidade do empregado.

A mudança é polêmica e as discussões em torno dela não são recentes, como se poderia imaginar. A expressão «negociado sobre legislado» vem sendo bastante utilizada, e, já há alguns anos, para diversas tentativas de modificação da legislação trabalhista, apresentadas com o intuito de possibilitar que a negociação coletiva se

sobreponha, em todos ou apenas em determinados temas, à legislação elaborada pelo parlamento. Não se trata de um verdadeiro mecanismo de valorização da negociação coletiva, mas de um mecanismo de flexibilização das normas imperativas estatais.

O ideal, em termos de valorização da negociação coletiva e fortalecimento do sistema sindical, seria criar melhores condições e deixar mais espaço para as negociações coletivas e não manter uma legislação ampla e detalhista e possibilitar que ela seja pontualmente derrogada pela negociação entre os atores sociais. Quando a regra existe e você permite uma negociação para reduzi-la ou suprimi-la cria-se a sensação de perda de direitos. Quando se deixa claro que a regra será estabelecida mediante negociação coletiva a expectativa é de que a regra será construída pelas categorias.

O ponto de vista aqui defendido torna-se mais claro com um exemplo. A lei 10.101 estabelece em seu artigo 2º que “A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados” e lista os procedimentos que poderão ser adotados. A lei não dá um direito e permite que a negociação o suprima ou modifique. Ela deixa claro que a negociação é importante para que o direito surja e seja editado. Esse modelo efetivamente valoriza a negociação coletiva. Quando ele é adotado, a negociação torna-se parte do processo de criação do direito.

As regras do artigo 7º, incisos VI e XIII, diferentemente, não cuidam de verdadeiro mecanismo de valorização da negociação coletiva, mas de mecanismo de enfrentamento de crise. Elas possibilitam a flexibilização das regras de irredutibilidade salarial e de vedação à alteração contratual lesiva mediante negociação coletiva para que em determinadas situações se assegure uma maior ou melhor proteção para uma categoria ou grupo de trabalhadores, ainda que em detrimento de seus direitos individuais.

Quando se permite que a negociação suprima ou altere um direito já estabelecido na legislação ela deixa de ser um mecanismo de conquista e se torna um instrumento de perda. Mesmo quando a perda for justificada pela proteção de um bem maior, como no caso da preservação de empregos e postos de trabalho. Essa conclusão se evidencia nas reflexões apresentadas por Octávio Bueno Magano e Estêvão Mallet acerca das mencionadas regras constitucionais:

«Vale dizer que, desde 5 de outubro de 1988, tornou-se possível a utilização da convenção e do acordo coletivo não apenas para estabelecer novas condições de trabalho, *in melius*, como é da tradição desses institutos jurídicos, mas também *in pejus*, o que, até então, só se admitia excepcionalmente» (Magano y Mallet, 1993: 105).

E arrematam:

«Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer torná-lo mais ajustável a situações fáticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado, do válido pelo eficaz, do fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a preponderância da convenção coletiva sobre a lei, da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal.

Sinteticamente, pode-se dizer que a flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças *in vitro* e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas,

processo tecnológico; transformações sociais ou políticas» (Magano y Mallet, 1993: 105).

Diante do exposto, compartilha-se aqui a ideia de que a verdadeira valorização da negociação coletiva não se tem quando se permite que ela se sobreponha à legislação vigente, gerando um sentimento de perda, mas quando o ordenamento jurídico a exige para a completude da criação do direito, gerando um sentimento de construção e ganho.

As normas trabalhistas devem ser mais flexíveis para valorizar a construção do direito do trabalho a partir da negociação coletiva entre sindicatos de trabalhadores e de empregadores. Eles conhecem as peculiaridades da sua categoria melhor do que qualquer parlamentar. Precisamos de um direito do trabalho que tenha seu esqueleto construído por leis trabalhistas gerais, inflexíveis, de cunho protetivo aos trabalhadores, mas cuja musculatura sejam as normas coletivamente negociadas por quem sabe das necessidades e anseios próprios - as vezes exclusivos - das categorias econômicas e profissionais.

Melhor do que criar regras legais gerais aplicáveis para todos os trabalhadores e regras legais específicas para as chamadas profissões especiais regulamentadas e depois permitir, ainda que apenas em situações excepcionais, a flexibilização delas por meio de normas coletivas, é manter um núcleo duro de normas inegociáveis e complementá-lo pela chamada autonomia coletiva dos particulares.

É ingênuo acreditar que apenas a aprovação de uma norma que permita a sobreposição do negociado coletivamente sobre o legislado é a solução para a necessidade de modernização da legislação trabalhista brasileira. A negociação coletiva deve ser um instrumento de adaptação das regras gerais e inderrogáveis às particularidades das atividades e da realidade sócio-econômica, não deve servir a precarização das relações de trabalho para garantir o lucro.

Bastante enriquecedoras são, a esse respeito, as lições de Orlando Teixeira da Costa:

«Em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida nesse sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho.

A quebra da rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados» (Costa, 1991: 87).

Para uma verdadeira valorização da negociação coletiva, é preciso reformar a estrutura sindical de modo a tornar os sindicatos efetivamente representativos de suas categorias. Precisamos de mais liberdade sindical para ter sindicatos mais legítimos e mais representativos, que não se acomodem com suas receitas e lutem efetivamente por melhorias sociais para os trabalhadores por meio da negociação e do diálogo social.

Relação de temas sobre os quais é possível sobreposição do negociado sobre o legislado

Quando o Presidente Michel Temer assumiu o cargo, ainda que interinamente, e anunciou a reforma trabalhista como uma de suas principais bandeiras, já imaginava-se uma flexibilização ampla da legislação trabalhista com regra que permitisse a sobreposição do negociado sobre o legislado em qualquer situação ou quase em qualquer situação. Pensava-se que seria resgatada a ideia defendida no Projeto de Lei 5.483/2001, enviado pelo Governo Fernando Henrique Cardoso ao Congresso nacional em 03 outubro de 2001, o Projeto de Lei 5.483/2001 que se limitava a alterar o artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho para lhe atribuir a seguinte redação: «Art. 618. As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho».

A ideia dos seus propositores era que qualquer regra infraconstitucional não relativa à normas de segurança e saúde do trabalho pudesse ser derogada por meio de negociação coletiva. Esse projeto de lei foi retirado de tramitação em 08 de março de 2003 a pedido do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva e posteriormente arquivado em 16/04/2004.

Ao contrário da reforma proposta por FHC, a minirreforma trabalhista de Temer, em sua proposta inicial, enumerou expressamente quais as matérias que poderão ser flexibilizadas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Caso aprovado como inicialmente proposto, a regra do artigo 611 da CLT teria passado a ser a seguinte:

«Art. 611-A. A convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre:

I - parcelamento de período de férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional às parcelas, de maneira que uma das frações necessariamente corresponda a, no mínimo, duas semanas ininterruptas de trabalho;

II - pacto quanto à de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a duzentas e vinte horas mensais;

III - participação nos lucros e resultados da empresa, de forma a incluir seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas;

IV - horas in itinere;

V - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos;

VI - ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria;

VII - adesão ao Programa de Seguro-Emprego - PSE, de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

VIII - plano de cargos e salários;

IX - regulamento empresarial;

X - banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento;

XI - trabalho remoto;

XII - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado; e

XIII - registro de jornada de trabalho.

§ 2º É vedada a alteração por meio de convenção ou acordo coletivo de norma de segurança e de medicina do trabalho, as quais são disciplinadas nas Normas

Regulamentadoras do Ministério do Trabalho ou em legislação que disponha sobre direito de terceiro.

§ 3º Na hipótese de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, observado o disposto nos incisos VI, XIII e XIV do caput do art. 7º da Constituição, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula redutora de direito legalmente assegurado.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva, a cláusula de vantagem compensatória deverá ser igualmente anulada, com repetição do indébito».

Analisando-a hoje, com o olhar de quem já sabe quais foram os acréscimos e alterações implementados por ocasião de seu trâmite na Câmara dos Deputados, a redação em questão já não parece tão ruim. Ela apresentava um rol taxativo de hipóteses em que a negociação poderia retirar, reduzir ou modificar benefícios legais, e uma hipótese estrita em que sequer seria possível cogitar de negociação coletiva, a saber as normas de segurança e medicina do trabalho.

A partir das emendas parlamentares apresentadas ainda na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, a redação final do projeto ficou a seguinte:

«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 de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

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

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 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».

Embora o rol de hipóteses em que a negociação coletiva tenha aumentado pouco, de treze para quinze hipóteses, ele deixou de ser taxativo e passou a ser meramente exemplificativo. É o que se pode concluir a partir da expressão “entre outros”. Doravante quase todos os temas do Direito do Trabalho poderão ser alterados por meio de negociação coletiva. A exceção doravante, são as situações em que não se admite negociação coletiva, a saber:

«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;

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

XI - número de dias de férias devidas 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 dezesesseis 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».

A conclusão de que a possibilidade de negociação coletiva para retirada, modificação ou flexibilização de direitos trabalhistas passou a ser a regra e não a exceção é reafirmada pela expressão “exclusivamente” que antecede o rol de situações que não a admite.

Considerações Finais

A negociação coletiva é a melhor forma de se construir o direito do trabalho. Ninguém melhor do que os diretamente envolvidos numa relação empregatícia para decidir as cláusulas que regerão as condições de trabalho da categoria. Essa solução é, inquestionavelmente, melhor do que a solução ditada por legisladores que muitas vezes estão bastante distantes da realidade social daquela atividade econômica. É também melhor do que a solução ditada nos dissídios coletivos por magistrados que, muitas vezes, jamais foram empregados ou empresários e, portanto conhecem da matéria pelo conhecimento adquirido nos cursos e livros jurídicos, sem contudo a vivência prática da categoria econômica em discussão.

A análise apresentada neste texto demonstra, no entanto, que, a despeito do que fora dito por ocasião da apresentação da primeira versão do projeto que resultou na Lei

13.467, a Reforma Trabalhista não valorizou a negociação coletiva. As mudanças que passarão a vigor a partir de 12 de novembro, em verdade, valorizaram muito mais a negociação individual, permitindo que, em alguns casos pontuais, como o dos empregados mais bem aquinhoados e com diploma de nível superior, a liberdade de contratação individual se sobreponha a deliberação por meio da representação da categoria.

Essa opção é sintomática e apresenta consequências potencialmente muito danosas. A Negociação Coletiva é o Direito do Trabalho por excelência. Valorizá-la, incentivá-la e criar mecanismos para que seja cada vez mais eficaz é valorizar o Direito Laboral em sua vertente mais democrática. A negociação individual, por outro lado, representa o retorno ao Direito Privado. Um flagrante retrocesso, pelo menos para o Direito do Trabalho enquanto ciência.

Demais disso, a forma de se promover uma verdadeira valorização da negociação coletiva não é permitindo que ela se sobreponha à legislação vigente, gerando um sentimento de perda. É exigindo para a completude da criação do direito, gerando um sentimento de construção e ganho.

Por tudo isso é possível concluir que quem mais perdeu com as mudanças implementadas na legislação trabalhista, mais até do que os empregados, foi o Direito do Trabalho. A disciplina perde cada vez mais a sua identidade e a sua principiologia, aproximando-se novamente do direito civil, do qual havia se desgarrado há muito tempo.

Referencias

- Costa, Orlando Teixeira da (1991). *Direito coletivo do trabalho e crise econômica*. São Paulo: LTR.
- Magano, Octávio Bueno, Estêvão Mallet (1993). *O Direito do Trabalho na Constituição*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense.
- Plá Rodríguez, Américo (2000). *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: LTr.