

ANDRÉ CREMONESI

Advogado. Juiz do Trabalho aposentado. Ex-Procurador do Trabalho. Especialista em Tutela de Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Paulista do Ministério Público do Estado de São Paulo. Mestre em direito do trabalho pela PUC – Pontifícia Universidade Católica. Professor universitário de graduação e de pós graduação *lato sensu* na USJT – Universidade São Judas Tadeu. Professor de pós graduação *lato sensu* na EPD – Escola Paulista de Direito. Professor de pós graduação *lato sensu* no Cetrab – Centro de Estudos Trabalhistas/AATSP – Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo. Autor de livros e artigos jurídicos.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Lei nº 13.467/17 – Reforma Trabalhista – contempla um forte modelo de flexibilização das relações de trabalho.

Amauri Mascaro Nascimento conceituou flexibilização como o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que a exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir as condições de trabalho.

A flexibilização das relações de trabalho começou a ganhar contornos mais evidentes com a aprovação de algumas leis, a saber:

FLEXIBILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO. O PAPEL DO SINDICATO NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA

- a) criação do FGTS como opção à estabilidade decenal.
- b) trabalho temporário.
- c) redução salarial como regra e da redutibilidade como exceção, desde que feita por meio de acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho.
- d) participação dos lucros desvinculada do salário.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

e) trabalho voluntário.

f) trabalho a tempo parcial.

g) banco de horas.

h) suspensão do contrato de trabalho por período de dois a cinco meses para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador, com duração equivalente à suspensão contratual, mediante previsão em acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho e aquiescência formal do empregado.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

i) contratação de pequeno prazo de natureza temporária na área rural.

j) possibilidade de redução de salário e de jornada até o limite de 30% (*lay-off*).

OBSERVAÇÃO: Algumas das regras de flexibilização acima encontram-se respaldadas exclusivamente na lei, sem a necessidade de participação dos sindicatos de categorias profissionais. Outras delas, além de previstas em lei, devem receber a chancela desses sindicatos.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Assim, o fenômeno da flexibilização não é novidade entre nós iniciando-se, a nosso ver e com o devido respeito a opiniões em contrário, com o advento da criação do FGTS como alternativa à estabilidade decenal.

Flexibilização - terminou por mitigar alguns dos princípios que regem o direito do trabalho. Veio da esteira da globalização.

Dada a hipossuficiência do empregado frente ao poderio econômico do empregador o modelo ideal de relações de trabalho, mais precisamente das relações de emprego, seria conforme abaixo e nessa ordem:

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

1) Todos os direitos trabalhistas conquistados deveriam prevalecer em homenagem ao princípio da vedação do retrocesso social (artigo 7º *caput*, da CF/88) e do princípio da proteção que tem como subprincípio que, uma vez alcançada uma condição mais favorável, esta não poderia ser suprimida.

2) Eventuais direitos trabalhistas, se pudessem ser suprimidos por permissivo legal, tal somente poderia ocorrer por meio de negociação coletiva (CCT ou ACT).

3) Jamais quaisquer direitos trabalhistas poderiam ser suprimidos por acordo individual entre empregado e empregador.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As contradições da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista):

Qual foi o chamariz da Reforma Trabalhista no período de discussão do seu texto no Congresso Nacional?

Resposta:

A PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO (COM O SINDICATO DE EMPREGADOS) SOBRE O LEGISLADO.

Vamos dividir este estudo em quatro partes distintas com o objetivo de atingir a necessária reflexão acerca do título deste painel e que envolvem a Reforma Trabalhista:

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Primeira parte - Os pactos contratuais (contratos individuais de trabalho) nos quais se permite entabular condições e direitos diretamente entre empregado e empregador, em contraposição à prevalência do negociado sobre o legislado.

Segunda parte - A dispensa da participação do sindicato da categoria profissional que agiria, por certo, para tutelar o direito do empregado (desmonte da atividade sindical).

Terceira parte - A dispensa do crivo do Ministério do Trabalho e Emprego (ou seu sucessor) para fins de verificação da observância do ordenamento jurídico (desmonte da atividade administrativa de fiscalização).

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Quarta parte - As negociações coletivas de trabalho -
convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho
- nas quais se permite entabular condições e direitos entre
entes sindicais e que devem prevalecer sobre a lei, no caso,
sobre a CLT.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Primeira parte: Os pactos contratuais (contratos individuais de trabalho) nos quais se permite entabular condições e direitos diretamente entre empregado e empregador, em contraposição à prevalência do negociado sobre o legislado.

Com a devida vênia e respeito, mostra-se contraditório o posicionamento do legislador ordinário que traz como chamariz da Reforma Trabalhista a prevalência do negociado (com os entes sindicais, lógico) sobre o legislado e, ao mesmo tempo permite, por meio de acordo individual escrito:

- a) labor na escala 12x36.
- b) banco de horas de módulo semestral.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Nada obstante o contido no item acima, ainda outros direitos trabalhistas podem ser objeto de “entendimento” entre patrões e empregados como, por exemplo:

a) “concordância” do empregado com o fracionamento das férias em três períodos.

b) “aceitação” de cláusula de arbitragem por “iniciativa do empregado ou mediante sua concordância” no caso de empregado que perceba salário superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

- c) “mútuo acordo entre as partes por meio de aditivo contratual” para alterar o regime presencial e de teletrabalho.

- d) “perdão tácito ou expresso” por parte do empregado e que deve ser considerado na fixação da indenização por danos morais.

- e) contratação de “autônomo”, desde que “cumpridas as formalidades legais”, com ou sem “exclusividade” afastando a aplicação do artigo 3º da CLT.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

f) “contratação” de empregado intermitente. Apenas a título de comentário, como intermitente é CLT, vamos aguardar como serão, na prática, as figuras do “intermitente aprendiz” e do “intermitente portador de deficiência” ??????????!!!!!!!!!!!!!!!!!!!!

g) “previsão contratual” por escrito do empregado teletrabalhador quanto à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como o reembolso de despesas arcadas por este.

h) “acordo” celebrado entre empregado e empregador para extinção do contrato de trabalho (distrato).

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Segunda parte: A dispensa da participação do sindicato da categoria profissional que agiria, por certo, para tutelar o direito do empregado (desmonte da atividade sindical).

Com o advento da Reforma Trabalhista os sindicatos de categorias profissionais ficaram excluídos da participação nas negociações coletivas, eis que desnecessária ao ver do legislador, a saber:

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

- a) labor em sobrejornada no caso de necessidade imperiosa.
- b) organização de quadro de carreira por meio de norma interna de plano de cargos e salários podendo estabelecer um critério único de promoção (antiguidade ou merecimento).
- c) dispensa individual, plúrima ou coletiva de empregados.
- d) homologação de rescisão contratual sem assistência do sindicato, mesmo que o empregado conte com mais de um ano de contrato de trabalho.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Terceira parte: A dispensa do crivo do Ministério do Trabalho e Emprego (ou seu sucessor) para fins de verificação da observância do ordenamento jurídico (desmonte da atividade administrativa de fiscalização).

Com a Lei nº 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, torna-se desnecessária:

- a) a licença prévia quando do labor na escala 12x36.
- b) a homologação de quadro de carreira.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Quarta parte: As negociações coletivas de trabalho - convenções coletivas de trabalho e acordos coletivos de trabalho - nas quais se permite entabular condições e direitos entre entes sindicais e que devem prevalecer sobre a lei, no caso, sobre a CLT.

Outra contradição da Lei nº 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, é permitir que prevaleça o negociado sobre o legislado em várias situações e, ao mesmo, esvaziar as funções do sindicato da categoria profissional como já dito aqui anteriormente e bem assim de torná-lo menos “pujante” mediante a facultatividade da contribuição sindical.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

No tocante à facultatividade da contribuição sindical a matéria encontra-se superada por decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade quando, por 7 votos a 4, entendeu como constitucional a alteração legislativa que tornou a contribuição sindical facultativa, ou seja, somente podendo ser descontada do empregado mediante autorização individual expressa deste. A discussão agora reside na constitucionalidade ou não da Medida Provisória nº 873/2019.

Por outro lado, haverá necessidade da chancela do sindicato da categoria profissional acerca dos seguintes temas previstos no artigo 611-A da CLT:

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

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;

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

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;

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;

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

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;

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

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.

OBSERVAÇÃO: esse dispositivo legal faz menção ao artigo 104 C.C que trata da validade do negócio jurídico (agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei).

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

§ 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.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

§ 4^o 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.

§ 5^o 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.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

Numa leitura atenta ao contido na Lei nº 13.467/17, a Reforma Trabalhista, é possível notar dispositivos que também fazem menção à negociação coletiva, a saber:

a) jornada na escala 12x36.

b) quadro de carreira com plano de cargos e salários.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

c) plano de demissão voluntária com quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação empregatícia, salvo disposição estipulada entre as partes.

d) faculdade de quitação anual de obrigações trabalhistas na vigência ou não do contrato de trabalho.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

A Negociação Coletiva.

A facultatividade da contribuição sindical, já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional, está trazendo como consequência inevitável a penúria dos sindicatos de empregados. A Medida Provisória nº 873/2019, de constitucionalidade questionável, impõe o pagamento de contribuição sindical via boleto e não por autorização de CCR ou ACT.

O papel do sindicato na negociação coletiva, a meu ver, muda de forma significativa e implicará na necessidade de que alguns eventos aconteçam, a saber:

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

a) maior perspicácia e cuidado dos sindicatos de empregados no momento da negociação e consequente assinatura de convenções coletivas de trabalho ou de acordos coletivos de trabalho no tocante às cláusulas contidas nesses instrumentos coletivos, sobretudo após o contido no artigo 8º, parágrafo 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) que trata da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. MUITO ESTRANHO QUE O JUIZ NÃO POSSA ADENTRAR NO MÉRITO DE UMA CLÁUSULA CONVENCIONAL...

b) unificação de sindicatos de categorias profissionais visando manter apenas uma estrutura administrativa, social e de atuação efetiva.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

- c) arregimentação, mediante convencimento, de novos filiados ao sindicato resgatando a ideia de coalização dos trabalhadores que remonta ao período pós Revolução Industrial.
- d) forte atuação dos sindicatos de empregados frente aos sindicatos patronais com a defesa intransigente dos direitos trabalhistas, sem prejuízo da prestação de outros serviços.
- e) robusta campanha publicitária na divulgação da efetiva atuação sindical visando a obtenção de autorização individual expressa ou por norma coletiva dos empregados para desconto da contribuição sindical.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

f) para os empregados filiados do sindicato, os quais deverão arcar com as contribuições assistenciais e confederativas, além da mensalidade sindical, implementar política de devolução da contribuição sindical, na medida do possível. Essa experiência está sendo adotada pelo Sindicato dos Metalúrgicos do ABC, mediante a compensação (dispensa de pagamento) de dois meses da mensalidade sindical.

g) lutar, à exaustão, SE POSSÍVEL FOR, pela negociação coletiva, sobretudo por conta do fim da ultratividade da norma coletiva, como previsto no artigo 614, parágrafo 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

h) resistir ao máximo, SE POSSÍVEL FOR, à celebração de acordo coletivo de trabalho, que se sobreporá à convenção coletiva de trabalho, e que pode trazer efetivo prejuízo aos empregados, na forma do artigo 620 da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista).

OBSERVAÇÃO:

Se adotadas as medidas acima supomos que o novo modelo sindical afastará por completo os “pelegos” permanecendo apenas os sindicalistas efetivamente atuantes. Isto porque o ideal teria sido por primeiro uma reforma sindical – com fortalecimento dos sindicatos - para, depois, ser feita uma reforma trabalhista.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

OBSERVAÇÃO:

Exemplo que a nosso ver NÃO deve ser seguido: a cláusula 11ª da CCT dos bancários que autoriza a compensação da gratificação de função quando reconhecido o pedido da sétima e da oitava horas como extras.

Isto porque, se não reconhecido o labor em cargo de confiança, a verba rotulada de “gratificação de função”, nada mais é do que simples salário disfarçado dessa gratificação e, mais do que isso, deve compor a remuneração do empregado para fins de cálculo das horas extras dos bancários além da sexta diária.

FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS POR MEIO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA

OBSERVAÇÃO:

Como já dito anteriormente, o artigo 614, parágrafo 3º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), consagrou o fim da ultratividade da norma coletiva (autocomposição). Mas continua sendo a melhor forma de solucionar conflitos coletivos de trabalho, nada obstante o contido no artigo 510-A a 510-D da CLT.

O artigo 114, parágrafo 2º, da CF/88, de constitucionalidade duvidosa, contempla o requisito do “comum acordo” para o fim de ajuizamento de Ação de Dissídio Coletivo de Natureza Econômica (heterocomposição).

Teremos risco de greve (autodefesa)? De lembrar que a greve não interessa a ninguém, sejam patrões, empregados e governo.