

“Novidades” da reforma trabalhista

Guilherme Guimarães Feliciano - Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté, é professor associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Penal pela USP e em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP, diluvius@icloud.com

Para quem conhece a insuperável *Germinal*, de Émile Zola, as passagens a seguir são bem familiares. Em *Germinal*, Zola apresenta uma descrição vívida das condições de trabalho da classe operária do século XIX, reconstruindo a placitude desumanizante a que eram reduzidas as comunidades de carvoeiros da época, representadas, no romance, por minas do norte da França, como Marchienne e Montsou. Seu texto espelha bem as tendências da sua época (1885): naturalismo, realismo crítico, darwinismo, marxismo, positivismo comtiano.

Pois bem.

A certa altura, num diálogo entre as personagens Etienne e Maheu, lê-se o seguinte diálogo:

– *A companhia é rica?*

– *É, sim. Tem milhões e milhões, nem dá para contar. São dezenove galerias, treze para exploração e seis para bombeamento de água e ventilação. Dez mil operários, concessão que se estende por sessenta e sete aldeias, extração de cinco mil toneladas por dia, uma estrada de ferro que liga todas as galerias, oficinas e fábricas! Ah! Dinheiro é o que não falta.*

Em outra passagem, bem adiante, lê-se a descrição de uma realidade muito distinta, refletindo a percepção comum de Etienne, Rasseneur e Souvarine:

O operário não podia aguentar mais, a revolução não tinha feito mais que lhes agravar as misérias. A partir de 89, os burgueses é que se enchiam, e tão avidamente que nem deixavam o resto no fundo do prato para o trabalhador limpar. Quem poderia demonstrar que os trabalhadores tinham tido um quinhão razoável no extraordinário aumento da riqueza e bem-estar dos últimos cem anos? Zombaram deles ao declará-los livres. Livres para morrerem de fome, isso sim, do que, aliás, não se privavam. Não dava pão a ninguém o votar em malandros que, eleitos, só queriam locupletar-se, pensando tanto nos miseráveis como nos suas velhas botinas.

E noutro momento, sob a cruenta tensão entre o forte e o fraco, o mesmo Étienne indaga-se:

Teria Darwin razão, o mundo não seria mais que um campo de batalha, com os fortes comendo os fracos para a melhoria e a continuidade da espécie? Essa questão o perturbou, [...] Mas uma ideia iluminou suas dúvidas: em seu primeiro discurso, retomaria sua antiga explicação da teoria. Se fosse preciso que uma classe destruísse a outra, não seria o povo, cheio de vida, que devoraria a burguesia, enfraquecida de tanto luxo?

Riqueza, pobreza, distribuição de renda, direitos trabalhistas, lei do mais forte... Onde isto tudo nos leva? E o que tem a ver com a nossa realidade?

Vejamos.

O Governo Federal encaminhou para a Câmara dos Deputados, no último mês de dezembro (23/12/2016), o **Projeto de Lei n. 6.797/2016**, que pretende promover uma “minirreforma” trabalhista no Brasil. Havia de ser, originalmente, uma medida provisória, ainda que fossem absolutamente duvidosos, no caso, os requisitos constitucionais da necessidade e da urgência (artigo 62, *caput*, CF); no entanto, após a contrariedade externada pelas centrais sindicais, entendeu-se por bem encaminhar o projeto para o Poder Legislativo federal, como naturalmente decorre do artigo 22, I, da Constituição. Nada obstante, pretende-se que tramite em regime de urgência... “*O Brasil tem pressa*”. Resta saber do quê.

O projeto traz diversas “novidades” que merecem a nossa consideração. No seu âmago ideológico, a ideia da prevalência do negociado sobre o legislado em relação a diversos direitos sociais previstos na Constituição, na Consolidação das Leis do Trabalho e em outras leis federais, como a Lei n. 6.019/1974. Consideremos alguns deles.

Por um lado, as convenções e os acordos coletivos de trabalho, que são os negócios jurídicos coletivos de caráter normativo previstos no artigo 611 da CLT (pelos quais “*categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho*”), ganham força de lei – e prevalecem sobre quaisquer outras leis – nos seguintes casos:

(a) parcelamento ou gozo de férias em até três vezes, com pagamento proporcional ao tempo gozado pelo trabalhador, sendo certo que uma das frações não poderá ser inferior a duas semanas;

(b) livre pactuação da forma de cumprimento da jornada de trabalho, desde que não ultrapassado o limite *mensal* de 220 horas;

(c) possibilidade de pagamento da participação nos lucros e resultados quando a empresa divulgar seus balancetes trimestrais ou no limite dos prazos estipulados em lei para tais balancetes, desde que seja feito em não menos que duas parcelas;

(d) horas “*in itinere*” (i.e., o modo de compensação do tempo de deslocamento entre casa e trabalho nos supostos de ausência ou insuficiência de transporte público compatível);

(e) intervalo intrajornada (respeitado o “*minimum minimorum*” de trinta minutos);

(f) a ultratividade dos instrumentos coletivos da categoria (o que significa que, afastada a inteligência da Súmula 277 do TST – como se deu, liminarmente, na ADFP n. 323, da relatoria do Min. Gilmar Mendes –, a ultratividade dos acordos e convenções coletivas deverá ser decidida unicamente no âmbito da autonomia privada coletiva, i.e., dos próprios acordos);

(g) a adesão ao “programa seguro-emprego”, da Lei n. 13.189/2015, que derivou do “programa de proteção ao emprego” (PPE) do governo anterior;

(h) o estabelecimento de plano de cargos e salários;

(i) o regulamento de empresa;

(j) o banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho (e não for compensada) com acréscimo de no mínimo 50%;

(k) o trabalho remoto;

(l) a remuneração por produtividade; e

(m) o registro da jornada de trabalho.

Tudo parece, portanto, extremamente adequado. Saem fortalecidos a democracia, o diálogo social, o movimento sindical e os direitos trabalhistas. Certo?

Errado.

O artigo 7º, *caput*, da Constituição estabelece que o seu rol de direitos sociais “*stricto sensu*” compreende “*os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*” (g.n.). Dito de outro modo, o chamado *princípio da norma mais favorável* tem *status* constitucional no Brasil, de modo que, ao menos no caso brasileiro, *as convenções e acordos coletivos do trabalho têm função eminentemente “protetora”*: sua finalidade básica é *melhorar a condição do trabalhador* (alteração “*in meus*”).

Parafrazeando Jean-Jacques Javillier, prevalece a ordem pública social, pela qual o “*sempre mais*” jurídico conduz ao “*sempre melhor*” social. Daí que, a rigor, a negociação coletiva deveria servir para *eleva*r a condição social dos trabalhadores: essa é, constitucional e historicamente, a sua função social.

É basicamente por isto, aliás, que o inciso XXVI do mesmo artigo 7º estatui o “reconhecimento” das convenções e acordos coletivos de trabalho (i.e., do “negociado”): para que esses instrumentos normativos possam prever condições sociais **superiores** àquelas derivadas dos direitos sociais mínimos descritos no artigo 7º. *Excepcionalmente*, é verdade, a negociação coletiva poderá reduzir direitos; mas sempre com a devida *contrapartida social* (porque se trata de negócio jurídico coletivo assimilado à transação – de concessões *recíprocas* –, não às renúncias) e nas exclusivas hipóteses do texto constitucional: *jornada* (art. 7º, XIII, *in fine*), *salário* (art. 7º, VI, *in fine*) e *turnos ininterruptos de revezamento* (artigo 7º, XIV, *in fine*). Somente nesses casos.

Não há, portanto, previsão constitucional para a flexibilização, via negociação coletiva, do gozo das férias (art. 7º, XVII, c.c. art. 134/CLT), ou do registro de ponto (art. 74/CLT), ou da participação nos lucros e resultados (art. 7º, XI, 1ª parte, c.c. Lei n. 10.101/2000, art. 3º, §§ 2º e 4º), ou das horas “*in itinere*” (art. 58, §2º, CLT, apesar de decisões condescendentes do TST, como, p. ex., no RR n. 414.174/1998.9, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, *in DJU* 28.6.2002), ou do banco de horas (art. 59, §2º, CLT), ou do trabalho remoto (art. 6º, par. único, CLT), ou do intervalo intrajornada (art. 71/CLT; o próprio TST já reconheceu a sua estrita vinculação com a saúde do trabalhador, *ut* Súmula n. 437, II), ou ainda da remuneração por produtividade (que, nalguns casos, não deve ser sequer admitida, a bem da dignidade da pessoa humana, como no caso do corte de cana-de-açúcar: v., p. ex., Processo n. 0001117-52.2011.5.15.0081, Ministério Público do Trabalho v. Usina Santa Fé, rel. Des. Hélio Grasselli, j. 3.10.2013; na média diária, o cortador no interior de São Paulo cortava doze toneladas de cana, caminhava 8,8 quilômetros, desferia 133.332 golpes de facão, fazia 36.630 flexões e giros de corpo e perdia oito litros de água, tudo para manter o seu ganho por produção, o que era certamente desumano).

Imagine você, leitor, que seus dois filhos sejam contratados para o desempenho de funções em teletrabalho (= trabalho remoto) para duas empresas diferentes; uma, digamos, do setor bancário, e a outra, do comércio varejista. O seu primeiro filho recebe, processa e organiza, de sua própria casa, informações relativas a clientes do banco que o contratou. O seu segundo filho, integrado ao departamento pessoal da empresa que o contratou, faz o apontamento das horas extras dos comerciários que trabalharam presencialmente na loja-sede, a partir dos controles de jornada e dos atestados que lhe são enviados. Nenhum deles sofre controle de ponto formal e ambos se ativam de segunda a sábado. Suponha, no entanto, que a convenção coletiva que rege as condições de trabalho dos bancários na respectiva base territorial preveja, a despeito do artigo 6º, par. único, da CLT, que o teletrabalho prestado sem controle formal de ponto não configure vínculo empregatício. Já a convenção coletiva dos comerciários é calada, no particular; não trata do teletrabalho em nenhuma hipótese. No limite, embora os dois filhos tenham executado atividades semelhantes, na mesma base territorial, sob as mesmas circunstâncias, um – o comerciário – terá o vínculo reconhecido pelo seu empregador, com todos os direitos trabalhistas pertinentes; já o outro – o bancário – não o terá, ante a falta de registro formal de ponto e o teor da respectiva convenção coletiva. Haverá ensejo para essas distinções, se o PL n. 6.797/2016 for convertido em lei. Parece-lhe justo? Ou, ao menos, parece-lhe razoável?

Não é. Malfere o próprio princípio constitucional da isonomia (artigo 5º, *caput*, CF). É, ademais, um uso impróprio das negociações coletivas.

Com efeito, como já advertiu João de Lima Teixeira Filho (v. SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 22ª ed. São Paulo: LTr, 2005. v. II. p. 1193-1194), a funcionalidade das negociações coletivas guia-se por dois pressupostos básicos: em primeiro lugar, aquele segundo o qual “*quão mais rígida é a organização sindical, mais tormentosa é a negociação coletiva*”; e o segundo, aquele segundo o qual “*quão mais fortes e representativos são os sindicatos, menor é a necessidade de intervenção legislativa*”. Daí que, a valer a máxima assim vertida – como, cremos, há de valer –, a ideia vazada no PL n. 6.797/2016, quanto à prevalência do negociado sobre o legislado em grande parte dos direitos trabalhistas típicos (para além do que textualmente autorizou a Constituição), seria oportuna e útil se, a rigor, o atual quadro sindical brasileiro apontasse para o predomínio de sindicatos fortes e representativos. É esse o caso? Seguramente, **não**. A uma, a organização sindical brasileira é extremamente *rígida* (vide os incisos II e IV do art. 8º da CF). E, a duas, a unicidade sindical construiu, no Brasil, uma estrutural sindical frágil e pouco representativa. Basta ver os números: apesar da unicidade, o Brasil tem mais de 15.000 sindicatos atualmente – muitos dos quais criados somente para arrecadas a contribuição sindical obrigatória do artigo 8º, IV, da Constituição –, alcançando pouco mais de 17% (dezesete por cento) dos trabalhadores ocupados; já na Alemanha, em que prevalece a pluralidade sindical, os sindicatos não ultrapassam a casa das dezenas, mas são muito mais representativos. Já por isso, várias categorias profissionais brasileiras possuem sindicatos colaborativos ou mesmo “bancados” pelo empregador, sem qualquer compromisso com a classe laboral que tencionam representar; é o fenômeno do *sindicalismo amarelo*. Serão esses os sindicatos a garantir, sob a égide do PL n. 6.797/2016, que a negociação coletiva represente *avanços* no patrimônio jurídico do trabalhador? De certo que não.

Daí que, a nosso sentir, seja pela literalidade constitucional, seja ainda pela condição hodierna do sindicato no Brasil, todas aquelas hipóteses de “negociado sobre o legislado” vaticinadas para além do que a Constituição expressamente

autorizou servem basicamente para transformar a negociação coletiva em um caminho bem azeitado para a precarização das relações de trabalho e para a flexibilização de direitos sociais típicos. Logo, padecem do que eu chamaria, se bem-humorado estivesse, de “inconstitucionalidade uterina”. É dizer: **nascirão inconstitucionais**. Ponto final. Ou, mais apropriadamente, *ponto-e-vírgula...* Ao menos até que o STF dê a essa história o seu efetivo “ponto final” (que, esperamos, aproxime-se ao menos do nosso “ponto-e-vírgula”).

Pensemos, por outro lado, na hipótese do artigo 611-A, VI, da CLT, na redação proposta pelo PL n. 6.797/2016 (art. 1º). A Súmula n. 277 hoje diz que “[a]s 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”. Consagrou, portanto, a chamada *ultratividade* das cláusulas normativas dos acordos e convenções coletivas de trabalho – mesmo após o prazo pactuado para a vigência desses acordos e convenções –, até o momento em que, em nova negociação coletiva, as partes interessadas disponham de outro modo. Mas, como visto, a súmula foi “suspensa” nos autos da ADPF n. 323, ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (conquanto súmulas do TST não sejam fonte formal do direito, i.e., não tenham função tipicamente normativa), em medida cautelar exarada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, emérito constitucionalista e sócio do Instituto Brasileiro de Direito Público...

Agora, a vingar o PL n. 6.797/2016, as próprias categorias definirão os limites temporais de validade da norma ou instrumento coletivo de trabalho da categoria (e, inclusive, se, na ausência de nova previsão, as cláusulas normativas seguirão em vigor após expirado o prazo de vigência do instrumento coletivo). Isto será bom, talvez, para os sindicatos profissionais fortes, que conseguirão assegurar, nas convenções e acordos que celebrarem, a garantia de que os progressos conquistados em determinada negociação coletiva não expirarão com o tempo, se as empresas ou sindicatos patronais decidirem “endurecer” na rodada negocial subsequente. Mas o que dizer dos sindicatos mais frágeis, ou mesmo dos sindicatos “amarelos”, já reportados acima? As parcas conquistas de eventual negociação pretérita não tardarão a cair, pelo mero decurso de tempo, ao menor sinal negativo da economia; e, para tanto, bastará que as empresas ou os sindicatos patronais *recusem-se* a negociar novo acordo ou convenção e, subsequentemente, *recusem-se* a submeter o litígio à Justiça do Trabalho. Afinal, reza o artigo 114, §2º, da Constituição, que, “[r]ecusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente”. Sem “comum acordo”, portanto, nada feito... E às favas com as “disposições convencionadas anteriormente”, que, pelo texto constitucional, deveriam ser “respeitadas”.

Pensará você, nobre leitor, o seguinte: “*ora, neste caso, os trabalhadores que entrem em greve!*” Mas com que respaldo? O de um sindicato frágil ou cooptado?

A verdade é que, se o sindicato não for forte o suficiente para inserir cláusulas de ultratividade nas suas negociações prévias, muito provavelmente não conseguirá, adiante, instar a categoria econômica a preservar, contra o seu interesse, direitos convencionais anteriores. Em síntese: quanto às conquistas pretéritas das diversas categorias profissionais, o que teremos, na grande maioria dos casos, será a famosa “ladeira abaixo”. E não apenas pela incapacidade de reafirmar tais conquistas nas suas novas negociações; assim será, sobretudo, pela confortável condição de quem, do lado oposto, não precisará, para se livrar de determinado custo, mover uma palha sequer. Bastará *não negociar*; *não admitir a intervenção da Justiça do Trabalho*; e aguardar placidamente.

Mas não é só.

Além disso, o PL n. 6.797/2016 pretende regulamentar o artigo 11 da Constituição, prevendo a eleição de um representante dos empregados em toda empresa com mais de 200 empregados, como manda o texto constitucional. Estabelece, porém, que o mandato será de dois anos, com possibilidade de reeleição e com garantia de emprego entre o registro da candidatura e os seis meses posteriores ao término do mandato. Convenções e acordos coletivos poderão ampliar para até cinco o número de representantes dos trabalhadores por estabelecimento. Quanto às suas funções na empresa, o projeto prevê que tais representantes terão “a garantia de participação na mesa de negociação do acordo coletivo de trabalho” (i.e., nos negócios jurídicos coletivos que envolvam empresa e sindicato profissional), por um lado, e, por outro, o dever de atuar na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive quanto ao pagamento de verbas trabalhistas, no curso do contrato de trabalho, ou de verbas rescisórias.

Regulamentar o artigo 11 da Constituição é, por si mesmo, um avanço. A figura do “representante de fábrica” (na verdade, de qualquer estabelecimento com mais de 200 empregados) dormita na letra constitucional há vinte e oito anos, sem se desprezar do papel. Ressalvem-se, aqui, as raras iniciativas dos sindicatos profissionais que, por meio da negociação coletiva, buscaram dar efetividade ao preceito (como, p. ex., os metalúrgicos do Vale do Paraíba paulista); mas, ainda assim, reduzindo essa representação de raiz constitucional à própria representação sindical, o que não reflete exatamente o espírito do texto constitucional (que tratou das entidades sindicais no artigo 8º; logo, no artigo 11, cuida de um tipo de representação obreira que não há de ser *necessariamente* sindical). Nisto, o PL n. 6.797 foi feliz: no texto proposto para o artigo 523-A/CLT, dirá que “a eleição deverá ser convocada por edital, [...] o

qual deverá ser afixado na empresa, com ampla publicidade, para inscrição de candidatura, independentemente de filiação sindical, garantido o voto secreto, sendo eleito o empregado mais votado daquela empresa” (g.n.).

Mas o “avanço” para por aí.

A Constituição reza que a representação dos trabalhadores nos estabelecimentos terá por finalidade *exclusiva* a de “promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”. Isso não emerge claramente do texto do projeto de lei. A uma, é certo que “participar” da mesa de negociação nos acordos coletivos de trabalho não é, a rigor, função constitucional do representante de fábrica, mas, sim, do próprio sindicato, nos termos do art. 8º, VI, CF. A duas, “atuar na conciliação de conflitos trabalhistas no âmbito da empresa, inclusive quanto ao pagamento de verbas trabalhistas, no curso do contrato de trabalho, ou de verbas rescisórias”, parece reservar aos representantes de fábricas uma função menor, distante da hipótese constitucional originária; sua função passa a ser a de conferir quitação à empresa em relação aos diversos direitos que possam vir a ser reclamados no curso do contrato e no seu término (inclusive verbas rescisórias). Com isso, elide-se a necessidade de intervenção do sindicato, notadamente nas rescisões (art. 477, §1º, CLT), facilitando as extinções de contratos de trabalho, por um lado, e por outro, sinalizando para um novo mecanismo de “homologação” dessas rescisões, fora do Poder Judiciário, que certamente abrigará fraudes.

Além disso, de mais relevante, o PL n. 6.797/2016 fixa em seis mil reais a multa por empregado não registrado (art. 47/CLT), acrescido de igual valor em caso de reincidência (entretanto, no caso de empregador rural, microempresas e empresas de pequeno porte, a multa será de apenas mil reais). Altera a Lei n. 6.019/1974 (Lei do Trabalho Temporário), para admiti-lo por até cento e vinte dias, podendo ser prorrogado uma única vez pelo mesmo período (i.e., o trabalhador temporário poderá permanecer na mesma empresa, em atividade-fim, sem gerar vínculo empregatício, por duzentos e quarenta dias; hoje, não pode fazê-lo por mais que seis meses). E passa a considerar regime de tempo parcial de trabalho (art. 58-A/CLT) aquele cuja duração seja de trinta horas semanais, sem possibilidade de horas extras semanais, ou aquele com jornada de vinte e seis horas semanais ou menos, que pode ser suplementado com mais seis horas extras semanais (atualmente a CLT fala em vinte e cinco horas semanais, com possibilidade de mais duas horas extras semanais). Nenhum segredo: exceto quanto àquela primeira alteração, mudou-se para *flexibilizar* mais. Permitir, com maior largueza, a utilização de hipóteses contratuais que deveriam ser residuais, porque geradores de menos direitos. Nada de novo sob o sol: tudo isto já vimos.

Por isso, afinal, o título da coluna de hoje. E a referência inicial ao *Germinal* de Zola. “Pegou”, leitor? Veja só.

A “genética” do Direito do Trabalho sempre revelará a sua função tuitiva. A ideia de mínimos jurídicos assegurados por lei (salário mínimo, repouso semanais e anuais, intervalos intra e entrejornadas, limites de jornada etc.) veio a lume para justamente conferir alguma *equipotência* nas relações entre empregadores e trabalhadores hipossuficientes. Ou, o que é o mesmo: veio a lume para evitar, na feliz expressão de Étienne, que o mundo do trabalho se converta em um campo de batalha darwinista, na qual prevalecerá sempre a condição do mais forte. Mais: são os direitos trabalhistas constitucionais e legais mínimos aqueles que asseguram, afinal, que parte da riqueza gerada pela produção/circulação de bens e serviços seja segura e necessariamente distribuída entre os trabalhadores.

Quando a maior parte desses direitos volta ao campo da livre negociação (ainda que coletiva), faltando-nos ainda uma organização sindical universalmente pujante e representativa, descem-se alguns degraus na escada da civilidade. Onde a lei já não garante mínimos, os seus padrões voltam a ser disputados pela força. E, não raro, em condições de assimetria.

Isso não parece ser o futuro. Aparentemente, esse foi o nosso passado.

Amigo leitor, não gosto muito de me repetir. Mas peço a sua licença, nesta segunda edição da coluna “Juízo de Valor”, para repetir o que fiz constar da primeira: nossa finalidade maior, ao abrir este espaço, foi a de estabelecer o bom debate em torno das grandes polêmicas nacionais e internacionais que se precipitam nos meios de comunicação, acerca do direito, da política, da economia e das relações sociais. É dizer: *entender, dissecar e racionalizar* – tanto quanto seja possível – *as polêmicas públicas do país e do mundo*. “Racionalizá-las”, no sentido de tentar *enxergá-las com alguma(s) racionalidade(s)*, em um debate franco, transparente e objetivo; apartidário, mas jamais “neutro”. A ideia principal, no entanto, é a de que esta coluna seja construída *com você*. Indique as polêmicas e os temas que quer ver enfrentados. O *e-mail* está abaixo.

...A propósito, parte dos excertos reproduzidos no início, extraídos do texto original de *Germinal*, são de minha livre tradução. Espero que gostem.