

A prevalência do acordado sobre o legislado no Código do Trabalho português.

João Vicente Rothfuchs

Advogado. Diretor da SATERGS – Sociedade dos Advogados Trabalhistas de Empresas do Rio Grande do Sul. Mestrando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da tutela; 3. O art. 4º do Código do Trabalho; 4. Conclusões; 5. Referências bibliográficas.

## 1. Introdução.

Portugal vive um importante momento de reforma na sua legislação trabalhista, tal qual se espera ocorra em breve no Brasil.

As mudanças podem ser divididas em um “tripé”, composto pelo novo Código do Trabalho, cuja entrada em vigor se deu recentemente, em 1º de dezembro de 2003; pela legislação regulamentadora à qual se remetem artigos do Código que tratam de temas específicos como proteção à maternidade e paternidade e acidentes do trabalho, dentre outros e um terceiro diploma prevendo regras sobre contratos especiais, como o doméstico, por exemplo. Esses últimos ainda se encontram em tramitação nos órgãos competentes, com previsão de aprovação ainda para 2004.

Seguindo a tendência mundial, especialmente debatida no Direito do Trabalho brasileiro, o código português surge com a clara vocação “flexibilizadora” dos direitos trabalhistas, a qual inclusive é explicitada na própria exposição de motivos do referido diploma, que inclui dentre as suas “medidas prioritárias” a de “promover a adaptabilidade e a flexibilidade da organização do trabalho, por forma a aumentar a competitividade da economia e das empresas” .

Nesse contexto, um dos artigos que suscita maior polêmica é o 4º, cuja epígrafe o denomina de “PRINCÍPIO DO TRATAMENTO MAIS FAVORÁVEL”, tendo, inclusive, sido objeto de discussão acerca de sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional de Portugal.

## 2. O princípio da tutela.

O princípio amplo da proteção tutelar, “princípio áureo do Direito do Trabalho” nas palavras de MOZART VICTOR RUSSOMANO , tem como um de seus três desdobramentos o princípio do tratamento mais favorável, que pode ser superficialmente definido como uma limitação à hierarquia das leis, isto é, a possibilidade de prevalência de fontes de hierarquia inferior que estabeleçam tratamento mais favorável ao trabalhador do que as superiores .

Diferentemente do que ocorre na aplicação do princípio in dubio pro operario, quando se está a tratar de duas ou mais possíveis interpretações para uma mesma lei, no caso do princípio do tratamento mais favorável o que ocorre é a existência simultânea de duas ou mais normas potencialmente aplicáveis no mesmo caso concreto, podendo ser ou não de mesma hierarquia e, ainda, de natureza autônoma ou heterônoma. Pelo princípio, aplicar-se-á a norma que mais favoreça o trabalhador, independentemente da hierarquia ou origem .

Com efeito, em tese, uma norma legal de hierarquia inferior poderia afastar a superior ou uma norma coletiva afastar uma lei. Essa é a concepção clássica do princípio, de ampla aceitação na

doutrina e jurisprudência brasileiras e até então utilizada em Portugal.

### 3. O art. 4º do Código do Trabalho

O Código do Trabalho, em seu art. 4º, tratou de positivizar o princípio do tratamento mais favorável, dando-lhe, todavia, limites bastante diferentes da concepção clássica acima mencionada. Abaixo, sua transcrição:

“Art. 4º. (princípio do tratamento mais favorável)

1 – As normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário.

2- As normas deste Código não podem ser afastadas por regulamento de condições mínimas.

3- As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário.”  
(grifos nossos)

Uma superficial análise do preceito legal, principalmente em razão da denominação (“princípio do tratamento mais favorável”), leva à idéia de que o Código simplesmente teria tratado de transformar em lei o referido princípio, sugerindo que através da regulamentação coletiva ou contrato de trabalho os direitos dos trabalhadores pudessem ser ampliados, melhorando as condições legais.

Todavia, a real situação não apresenta de tal forma...

Veja-se que o nº 1 rege que as normas do Código podem ser afastadas por regulamentação coletiva de trabalho, salvo quando delas não resultar o contrário. A primeira questão que surge é qual o sentido dessa expressão “quando delas não resultar o contrário”?

O nº 2 impõe apenas uma exceção à regra do anterior, ditando que os regulamentos de condições mínimas (por se tratarem de “atos administrativos”) devem ser excluídos do rol dos instrumentos de regulamentação coletiva que tem o condão de afastar as normas codificadas, razão pela qual não merece maiores explicações.

O nº 3, ao tratar do contrato individual de trabalho, limita a possibilidade de afastamento da norma legal por vontade das partes, na medida em que rege que é essencial que o contrato de trabalho estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador, além da repetição da limitação “se delas não resultar o contrário”.

Passa-se à análise por partes:

A expressão constante nos números 1 e 3 do artigo (“se delas não resultar o contrário”) significa que a norma a ser afastada não pode ser imperativa, cujo conteúdo “exprime uma ingerência absoluta e inelutável da lei na conformação da relação jurídica de trabalho”. Assim, a norma não poderá conter limites rígidos, pois nesse caso não pode a vontade individual ou coletiva das partes excedê-los nem para mais, nem para menos.

Se for caso de uma norma semi-imperativa ou imperativa-limitativa, há um rígido limite em relação a um dos sentidos, podendo as partes convencionar em relação ao outro. Importante aqui ressaltar que o grau de imperatividade dessas normas é idêntico ao das absolutamente imperativas, porém unilateral. Via de regra, trata-se de uma abertura da própria norma ao tratamento mais favorável, como, por exemplo, a disposição constitucional sobre o aviso

prévio de “no mínimo trinta dias”, oferecendo a hipótese para as partes apenas ampliarem esse prazo.

Essas normas sempre foram as mais comuns, podendo ser chamadas de normas típicas do Direito do Trabalho, eis que definem o conteúdo mínimo, deixando em aberto o máximo para negociações. Também não trazem problemas ao intérprete ou ao aplicador do direito.

Já as normas do terceiro tipo, conhecidas como preceitos dispositivos ou normas supletivas, não trazem limitações em qualquer dos sentidos, podendo, em princípio, as fontes de grau inferior e principalmente as normas coletivas afastá-las para a implementação de outra condição, ainda que não seja mais benéfica.

Via de regra, no sistema brasileiro, esse tipo de norma já vem acompanhada de expressões como “salvo acordo ou convenção coletiva em contrário”, deixando claro que através desses meios os preceitos são afastáveis.

A primeira dificuldade proveniente desta divisão surge em razão de que, muitas vezes, da leitura da norma não fica clara a sua natureza. A concepção anterior ao Código era de presunção que a norma apresentava apenas um limite unilateral, ou seja, que regia o mínimo, podendo as partes apenas ampliá-la. Nas palavras de MONTEIRO FERNANDES, “mesmo que a norma não denuncie expressamente o caráter de preceito limitativo (limite unilateral), devem em princípio ser consideradas como tais”. Tal ocorre porque é (ou era) da natureza da lei trabalhista apresentar um conteúdo mínimo em razão de sua orientação protetiva, fruto da própria ideologia clássica do Direito do Trabalho, não havendo, portanto, necessidade que viesse expressa da norma essa condição.

Todavia, com a redação dada ao artigo 4º, a situação não deve mais ser interpretada de tal forma no ordenamento português. Uma vez estando ausente, ou não aparente, o caráter de imperatividade na norma, pela exegese daquele artigo deve-se entender que sua natureza é meramente supletiva (ou dispositiva).

Isto porque o nº 1 é taxativo ao afirmar que as normas do Código podem ser afastadas por regulamentação coletiva, ressalvada apenas a hipótese de constar do próprio preceito vedação a tal derrogação. E se essa exceção não estiver clara, ou seja, se da análise da própria norma não se puder verificar que a mesma se trata de norma imperativa (ou semi-imperativa), não mais é possível socorrer-se na orientação geral do Código ou do Sistema para alcançar tal interpretação.

Inverteu-se, portanto, a clássica presunção de que, por regra, as normas trazem o mínimo, isto é, possuem imperatividade unilateral, passando-se a entender que, salvo disposição em contrário, ou seja, excluída a hipótese de possuir indubitavelmente caráter imperativo lato sensu, a norma é dispositiva ou supletiva e, assim, passível de ser afastada por instrumento coletivo (salvo a exceção prevista no nº 2 do artigo).

Em outras palavras, os preceitos dispositivos ou supletivos que eram a exceção no regime anterior e deveriam estar claramente identificados, passam a ser a regra geral, surgindo a exigência de que as normas semi-imperativas e absolutamente imperativas sejam claras quanto à sua natureza. Trata-se, portanto, de uma verdadeira mudança do espírito do Direito do Trabalho!

Conforme já mencionado, em relação aos princípios dispositivos ou às normas supletivas, a substituição pela norma de grau inferior pode ocorrer in melius ou in pejus. Mas uma interpretação no sentido menos favorável, ou seja, uma norma inferior que estabeleça direito mais restrito que o da lei não estaria contrariando o princípio do tratamento mais favorável?

Em relação à contratação coletiva a resposta será afirmativa. Se qualquer norma que não o vede expressamente puder ser “revogada” por convenção coletiva, não há princípio do tratamento mais favorável, mas sim um novo princípio da prevalência do negociado sobre o legislado. O que o referido preceito legal dispõe é que sempre que a norma não tiver

inquestionável caráter de imperatividade, poderá ser afastada, ainda que in pejus.

Para confirmar as considerações supra, basta a análise do nº 3 do próprio artigo, que tratando de contratos de trabalho, é explícito ao afirmar que "as normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário". Entretanto, em relação aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, não há disposição legal no sentido que as mesmas devam estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores, levando à conclusão que através de regulamentação coletiva, as normas do Código podem ser afastadas, ainda que não para a imposição de condições mais favoráveis, desde que o preceito afastado não proíba tal possibilidade.

Portanto, o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador é minorado pelo Código do Trabalho, prevalecendo apenas em relação ao contrato individual do trabalho. O trabalhador, individualmente considerado, segue como hipossuficiente e merecedor do favor laboratoris, porém a associação sindical passa a ser considerada ente capaz de negociar em igualdade de condições com as entidades patronais, possuindo amplos poderes para transigir em relação aos direitos codificados.

Assim, sob as vestes de princípio protetivo, o Código do Trabalho apresenta uma grande abertura legal para a negociação coletiva afastar suas normas mesmo que em prejuízo ao trabalhador.

É claro que uma convenção coletiva dificilmente trará prejuízos substanciais à classe trabalhadora, pois para que o sindicato abra mão de algum direito previsto em lei, certamente conseguirá em contra-partida uma série de benefícios. Um direito constante do Código seria uma espécie de artigo de luxo para ser usado como moeda de troca em negociações coletivas.

Se a lei, por um lado, enfraquece a defesa dos trabalhadores, privando-os da proteção legal quando representados por sua associação sindical, por outro oferece novas armas a essas associações para que realmente possa ser realizada uma negociação coletiva.

Para haver negociação, é pressuposto essencial que ambas as partes tenham onde ceder; possuam condições de oferecer alguma coisa de valor para postular algo importante em troca. Uma negociação na qual uma das partes entra apenas para dar e a outra somente para receber acaba por não fluir. Para a categoria patronal poder conceder reais benefícios, vai postular a contra-partida e as associações sindicais agora poderão dispor de um leque muito mais amplo de direitos negociáveis para oferecer a ela.

Como se vê, um dos objetivos do legislador português, através do sistema analisado, foi o de estimular a contratação coletiva, que estava estagnada no país, dando aos sindicatos de trabalhadores (associações sindicais na terminologia portuguesa) maior poder de fogo para exigir o que realmente é importante para a categoria.

#### 4. Conclusões.

Conforme já dito, o novíssimo Código do Trabalho de Portugal tratou de incluir em seu texto, encoberto sob uma pretensa aplicação do princípio do tratamento mais favorável, regra que possibilita que os sujeitos coletivos negociem direitos tradicionalmente protegidos por lei.

Trata-se, em realidade, de solução similar àquela discutida no Brasil no governo de Fernando Henrique Cardoso como "reforma trabalhista" e que acabou abandonada em razão das fortes críticas sofridas .

Sem adentrar na discussão política da questão em particular, inclusive em razão da dificuldade

de comparação de realidades tão distintas, tendo de um lado um país de dimensões continentais, terceiro-mundista ( ou "em desenvolvimento") e de outro um ente de tamanho reduzido, com população de cerca de dez milhões de habitantes, integrante da União Européia, cujas semelhanças vão pouco além da língua, importante ressaltar que mesmo neste há o consenso de que o Direito do Trabalho Clássico carece de reformas urgentes para se adequar a uma nova realidade, por alguns chamada de pós-moderna .

A solução encontrada no direito português possivelmente não seja a mais adequada para o Brasil, talvez sequer o seja para aquela nação, mas a necessidade de adaptação do Direito do Trabalho ao mundo globalizado é evidente e Portugal está dando um grande passo no sentido de buscar soluções que se adaptem à nova realidade.

Diante dessa posição, o Código privilegiou a contratação coletiva em detrimento da proteção legal, criando um sistema de abertura com limitações, prevalecendo a norma coletiva sobre a lei, desde que respeitados certos limites. Manteve o princípio do tratamento mais favorável apenas em relação ao contrato de trabalho, entendendo que o trabalhador individualmente continua a ser hipossuficiente e carecedor de proteção pela lei laboral.

Porém, sutilmente, consagrou uma abertura tão ampla à negociação coletiva que significou uma mudança radical no "espírito" da lei trabalhista, invertendo a presunção de limitação mínima afastável apenas em favor de uma das partes para a idéia de a regra ser a possibilidade de afastamento dos preceitos do Código.

Desconsideradas as questões ideológicas, o que parece ser o grande equívoco do Código é a epígrafe do artigo, posto que, com exceção do nº 3, o mesmo não consagra o princípio do tratamento mais favorável; pelo contrário, o afasta indiscutivelmente quando a norma contraposta tem origem na autonomia coletiva.

Assim, o título e o conteúdo do artigo, no que diz respeito ao seu aspecto mais importante - o nº 1 - são incompatíveis, levando a uma primeira impressão em determinado sentido (talvez propositadamente), para, em um segundo momento, perceber-se que o conteúdo é no sentido oposto.

Materialmente, importante ressaltar, ainda que sem pormenorizar, que para esse tipo de regulamentação ou desregulamentação funcionar, é necessário que os sindicatos possuam representatividade e força política, o que se discute em Portugal e que não é a regra no Brasil.

A norma aqui tratada apresenta apenas um dos aspectos "flexibilizadores" do Código, mas talvez o mais importante por tratar de colocar em cheque toda a posição ideológica basilar do Direito do Trabalho e, quem sabe até o princípio constitucional da socialidade, inserido no princípio da democracia econômica, social e cultural, presente no artigo 2º da Constituição da República Portuguesa e, segundo J.J. GOMES CANOTILHO, "da mesma dignidade do princípio do estado de direito" .

Com a reforma, Portugal está dando um grande passo na busca da adaptação de sua lei trabalhista aos novos tempos. Espera-se, e só o futuro dirá, que na direção certa.

## 5. Referências Bibliográficas

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 2002.

FERNANDES, Antonio de Lemos Monteiro. Direito do Trabalho, volume I – Introdução. Relações Individuais do Trabalho. 9º ed., Coimbra, Almedina, 1994.

LYOTARD, Jean François. A condição pós-moderna. Tradução José Bragança de Miranda. 3ª ed., Gradiva, Lisboa, 2003.

MELGAR, Alfredo Montoya. Derecho del Trabajo. 23ª ed., Madrid, Tecnos., 2002.

MESQUITA, José Andrade. Direito do Trabalho. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2003.

RODRIGUES, Américo Plá. Los principios de derecho del trabajo. 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1990.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 6ª Ed., Juruá, Curitiba, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. 7ª ed., Afrontamentos, Porto, 1999.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. Iniciação ao Direito do Trabalho. Editora Verbo, Lisboa - São Paulo, 1994.