

O INTERESSE COLETIVO ENTRE A LEI E A NEGOCIAÇÃO COLETIVA¹

THE COLLECTIVE INTEREST BETWEEN THE LAW AND THE COLLECTIVE BARGAINING

Giulio Prosperetti²

RESUMO: O presente artigo visa ao estudo de questões relacionadas aos contratos coletivos no Direito italiano. Primeiramente, aborda-se o problema da eficácia do contrato coletivo de direito comum, tratando-se da questão do interesse coletivo e do poder originário dos sindicatos na auto-regulamentação do conflito coletivo. Em seguida, discute-se a efetividade do contrato coletivo com base na sua capacidade de colocar fim ao conflito e restabelecer a paz social. Por fim, aborda-se a questão da juridicização do contrato coletivo por meio de sua aplicação ao contrato individual de trabalho. Discute-se, ainda, a disciplina das tutelas laborativas no âmbito dos contratos empresariais. Concluiu-se que o objetivo maior é a reestruturação da contratação coletiva, para que consiga recuperar a sua função de real representação de interesses

PALAVRAS-CHAVE: Contratação coletiva. Interesse coletivo. Eficácia. Direito italiano.

ABSTRACT: This article aims to study some issues related to collective bargaining in Italian law. Firstly we discuss the effectiveness of collective bargaining considering collective interest and the original power of trade unions in regulating collective conflicts by themselves. After we discuss the effectiveness of collective bargaining considering its ability to finish the conflicts and restore social peace. Finally we discuss the juridification of collective bargaining through its application to employment contracts. We also discuss the role of enterprise contracts

Artigo recebido em 28 de novembro de 2016

1 O presente artigo foi publicado na obra “Studi in Onore del Prof. Nicola Picardi”. A tradução do italiano para o português foi feita pela Prof. Dra. Lorena Vasconcelos Porto, que é Professora Titular do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário UDF.

2 Giulio Prosperetti é Professor Titular de Direito do Trabalho na Universidade de Roma “Tor Vergata” e Juiz da Corte Constitucional italiana.

in regulating labour rights. We conclude that the main goal is collective bargaining's restructuring in order to get back its role of interests' representation.

KEYWORDS: Collective bargaining. Collective interest. Effectiveness. Italian law.

1. O PROBLEMA DA EFICÁCIA DO CONTRATO COLETIVO DE DIREITO COMUM

O confronto entre empregadores e trabalhadores, e mais em geral entre sindicatos de abrangência nacional dos trabalhadores e associações dos empregadores, tem sua composição por meio da estipulação de acordos que são definidos como contratos coletivos, para os trabalhadores subordinados, e acordos econômicos coletivos para os trabalhadores parassubordinados (como, por exemplo, os agentes comerciais ou os médicos de família).

Ao contrário, se eu afirmo que a limitação, o enquadramento do poder empregatício é uma questão de democracia, se eu afirmo que sem limites fixados para esse poder, sem direitos reconhecidos aos empregados, sem direito do trabalho, não há mais democracia, isso pode parecer estranho, quase incomum.

Estes atos são dotados de uma eficácia natural na medida em que são convalidados pelo consequente comportamento em conformidade das partes: os trabalhadores em greve voltam a trabalhar e os empregadores lhes aplicam as condições contratuais acordadas no âmbito da negociação coletiva.

Existe assim, antes de tudo, uma eficácia do tipo político, análoga àquela de um acordo de paz alcançado entre beligerantes, e nessa situação se encontra, por exemplo, o sistema anglo-saxão: na Grã-Bretanha os contratos coletivos são simplesmente acordos de cavalheiros (“gentlemen agreements”), destituídos de eficácia jurídica no sentido formal.

A tradicional força dos sindicatos (“trade unions”) ingleses permitiu que não se colocasse naquele sistema o problema da eficácia jurídica dos contratos coletivos, já que uma violação desses acordos (“agreements”) acarretaria novamente as pesadas ações de autotutela que exatamente se visou a superar com o contrato coletivo.

No nosso sistema, ao contrário, após a experiência corporativa, que havia reconhecido aos contratos coletivos a eficácia de fonte formal de direito, preocupou-se em explicar no

sentido técnico-jurídico a eficácia dos contratos coletivos no plano do direito privado e, partindo desta, colocou-se o problema de como estender tal eficácia a toda a categoria.

Se, portanto, nas grandes empresas a aplicação dos contratos coletivos, denominados de direito comum, não criava problemas, nas empresas menores os contratos coletivos não eram aplicados, colocando-se assim o problema de como conferir aplicação generalizada a tais contratos: é essa a exigência da eficácia *erga omnes* dos contratos coletivos.

Na base da difícil reconstrução de uma “teoria” do contrato coletivo encontra-se a peculiaridade do contrato coletivo de direito comum, que não se limita a enunciar normas de princípio vinculantes para as partes do contrato individual do trabalho (a denominada parte normativa), mas também regula as relações entre os sindicatos contrapostos.

Esta segunda parte, denominada obrigatório, contém cláusulas que produzem efeitos jurídicos apenas em relação aos sindicatos estipulantes em quanto tais, obrigados desse modo a adequar o próprio comportamento ao que foi contratualmente previsto. Trata-se de cláusulas que regulam as relações industriais e, em particular, as comissões técnicas, o recolhimento das contribuições sindicais e das quotas de serviço, os direitos de informação, os procedimentos de consulta, as cláusulas de trégua ou de paz sindical que empenham as associações sindicais estipulantes a não promover greves ou, de todo modo, a não recorrer à ação direta para obter a modificação do contrato coletivo antes do seu prazo de vencimento.

A contratação coletiva do setor privado se desenvolve, portanto, em vários níveis que correspondem aos diversos níveis da organização sindical. Partindo dos “acordos interconfederativos”, que representam os grandes contratos nacionais, estipulados pelas confederações, relativos aos trabalhadores independentemente do setor de produção no qual estão ativados e que disciplinam institutos específicos (por exemplo, indenização de contingência, dispensas coletivas), em um segundo nível se encontram os contratos coletivos nacionais de categoria, estipulados pelas federações, às vezes com a mediação da autoridade governativa, e que disciplinam a relação de trabalho de modo completo e detalhado.

Os contratos coletivos nacionais, por sua vez, demandam à contratação de nível inferior, territorial ou empresarial (denominada contratação articulada ou contratação de reenvio, estipulada por grupos juridicamente organizados que buscam interesses sindicais segundo o princípio cardeal da liberdade sindical), a determinação completa da disciplina de determinado instituto.

2. O INTERESSE COLETIVO

Todas as tentativas da doutrina de conferir fundamento positivo ao fenômeno coletivo terminaram sempre por construir modelos incapazes de descrever completamente o que a jurisprudência, ainda que de modo contraditório, podia já assegurar no plano da efetividade. Tanto que a reação à abordagem de direito privado terminou por deduzir indutivamente a existência de fontes *extra ordinem* que justificasse a referida efetividade do fenômeno, o que possui fundamento incerto no plano técnico.

As fontes coletivas representam em geral, e na ordem jurídica italiana em particular, uma área de experimentação e de estudo das categorias da teoria geral do direito, considerando a situação de ausência de regulamentação da matéria sindical; e isso frente a um interesse cada vez maior da jurisprudência, por um lado, e das ciências sociais, de outro, na definição do papel e dos procedimentos de um fenômeno, como o sindical, que tem reflexos na economia, na política e na legislação, assumindo (mesmo na identidade das organizações sindicais protagonistas) papéis diversos, inconciliáveis entre si, segundo as suas tradicionais formulações.

Ao intenso envolvimento do sindicato na gestão dos problemas de trabalho, tanto no plano político, quanto no econômico, corresponde o recurso sistemático às fontes coletivas como ponto de referência para a resolução dos conflitos privado que, enquanto tais, impõem ao jurista conjugar a efetividade de tais fontes com os institutos de direito formal.

Invariavelmente o problema consiste em explicar corretamente, com os instrumentos da técnica jurídica, os efeitos dos acordos coletivos em conformidade com os resultados que essas fontes pré-estabelecem na lógica do seu sistema: com efeito, tanto no nível do direito público, quanto naquele do direito privado, continua a ser discutida a problemática relativa às técnicas de redução a preceitos jurídicos de convenções, sobre cuja natureza se discute exatamente em virtude da qualificação incerta dos sujeitos que as criam, ou, de todo modo, do papel que tais sujeitos possuem no ordenamento.

O desenvolvimento recente das questões sindicais no ordenamento italiano evidenciou essa contradição, sempre latente inclusive nas mais acreditadas formulações do fenômeno coletivo, consistente, por um lado, no reconhecimento da natureza livre e originária do poder contratual do sindicato, e de outro, na pretensão de verificar tais atribuições do sindicato com base não em um princípio de efetividade (em coerência com o reconhecido caráter originário

do poder sindical), mas sim na concepção legal-positiva, seja de direito privado ou de direito público.

O fulcro da teoria da autonomia coletiva é constituído, como se sabe, pela noção de *interesse coletivo*, entendido como interesse de natureza privada, comum e indivisível, dos membros da coletividade identificada pela *categoria profissional*, como comunidade necessária e formação social reconhecida e garantida pela Constituição italiana (artigos 2º e 39); e isso em consonância com a concepção do pluralismo social católico, à qual a leitura da norma constitucional, na perspectiva marcada pela opinião em questão, deu evidência no plano positivo.

Em verdade, a autonomia coletiva, como autonomia do grupo, destinada à busca de um interesse *qualitativamente e estruturalmente* diverso daquele individual dos membros da coletividade organizada, realizaria um regulamento *heterônomo* com relação à avaliação do interesse coletivo operado por cada indivíduo que participa desse interesse, e portanto seria destinada a prevalecer, limitando-a, sobre a autonomia individual dos membros do grupo, em virtude, exatamente, da própria prevalência necessária do interesse coletivo sobre os interesses individuais, na forma jurídica de *organização*.

Na perspectiva de Santoro Passarelli, como dentro da organização sindical o interesse coletivo dos membros do grupo profissional *prevalece* sobre os interesses individuais de cada um deles, assim, no plano dos atos, aqueles de autonomia coletiva seriam destinados a *prevalecer* sobre os de autonomia individual, que por tal modo restaria limitada, em virtude da realização do interesse coletivo.

Essa noção de interesse coletivo permanece central, como chave de leitura e de qualificação do fenômeno sindical, inclusive nos desenvolvimentos seguintes da noção de autonomia coletiva, mesmo na sua diversa formulação sob o prisma do conteúdo e do mecanismo de imputação subjetiva.

Sobretudo na perspectiva da elaboração teórica da noção de autonomia coletiva, o conceito de interesse coletivo continua a ser utilizado em função do enunciado fundamental da teoria da autonomia coletiva, isto é, da necessária subordinação, que seria elevada a princípio normativo, do interesse individual dos membros àquele comum do grupo, em todas as coletividades organizadas.

Mas o problema que atualmente se coloca, em virtude do qual não há um debate suficiente, é relativo à abstrata configuração do interesse coletivo, já que as categorias

mercadológicas descritas pela repartição artificial operada pelos contratos coletivos nacionais não respondem a nenhum critério de agregação de interesses homogêneos, que, ao contrário, poderiam ser melhor regulados pelos contratos de profissão.

3. O PODER ORIGINÁRIO DOS SINDICATOS NA AUTODETERMINAÇÃO DO CONFLITO COLETIVO

O esquema individualista nunca satisfaz plenamente em razão da já descrita natureza, também de direito público, do contrato coletivo. Buscou-se então encontrar soluções que, embora sendo compatíveis com a eficácia de direito privado, levassem também em consideração a eficácia fundamentalmente heterônoma do contrato coletivo, com base no pressuposto de que as teorias individualistas não conseguiriam chegar na plena vinculação e inderrogabilidade do contrato em relação aos indivíduos.

A teoria do ordenamento intersindical tem, ao contrário, o mérito de desvincular a elaboração da autonomia coletiva dos esquemas rigorosamente civilistas e afirma a prevalência do contrato coletivo sobre o individual, em relação ao simples ato de adesão do indivíduo à associação sindical, o qual implicaria, automaticamente, uma forma de sujeição ao poder do sujeito coletivo de adotar escolhas que incidem sobre a esfera individual.

Exatamente a concepção do caráter originário do poder sindical permitiu a configuração do sistema das relações intersindicais como um verdadeiro ordenamento jurídico originário. A noção de ordenamento intersindical na formulação de Gino Giugni configura o sistema de relações industriais como organização comum das fontes sobre a produção jurídica, isto é, como ordenamento que tem origem no reconhecimento recíproco entre os sindicatos da própria função representativa.

Nesse sentido, as relações sindicais podem ser conceitualmente ordenadas na noção de um ordenamento jurídico originário e independente daquele estatal.

Certamente, pela explicação técnico-legal da eficácia da contratação coletiva sobre as relações individuais de trabalho, não se pode não operar dentro do direito estatal, já que a peculiaridade do ordenamento sindical reside na circunstância fundamental de que as normas sindicais visam a regular não apenas o comportamento dos sujeitos coletivos estipulantes (parte obrigatória do contrato coletivo), mas são destinadas sobretudo a ter eficácia em relação aos trabalhadores e aos empregadores (parte normativa do contrato coletivo).

É em sede interpretativa, segundo o entendimento de Gino Giugni, que se realiza a composição entre as diferentes avaliações normativas operadas pelos distintos ordenamentos (estatal e sindical). À interpretação, portanto, é conferida a determinação de “momentos de interligação” entre o ordenamento intersindical e o estatal, que atribuem relevância jurídica às normas do ordenamento intersindical naquele estatal.

A crise da representatividade sindical abriu espaço para o instituto do *referendum*, isto é, a um instrumento de democracia direta que, como tal, parece ir de encontro ao papel de representação formal dos sindicatos. Tal instituto, todavia, não foi utilizado para fins do reconhecimento da eficácia do contrato coletivo, embora, em teoria, uma extensão de tal praxe poderia, em tese, se revelar útil para esse fim.

Na verdade, o *referendum* em geral é utilizado para a aprovação, de maneira preventiva, das plataformas reivindicatórias e, sucessivamente, das hipóteses de acordo. Em alguns casos o *referendum* é utilizado também para a aprovação de acordos empresariais em empresas de grandes dimensões.

Segundo a jurisprudência da Corte de Cassação italiana, o êxito negativo de um *referendum* sindical não tem nenhum efeito sobre a validade do acordo firmado, tendo relevância apenas nas relações internas entre representação sindical e trabalhadores; naturalmente se chegaria a uma conclusão diferente caso as partes coletivas tivessem que submeter a hipótese de acordo à condição suspensiva do êxito referendário.

4. O CONTRATO COLETIVO EFETIVO É AQUELE QUE DETERMINA A PAZ SOCIAL

As partes da relação de trabalho, por meio da recepção do contrato coletivo no contrato individual, manifestam a sua vontade, expressa ou tacitamente por fatos concludentes, no sentido da aplicação do contrato coletivo, de modo que a disciplina coletiva se torna assim operante por um ato de vontade das partes individuais.

Também a jurisprudência reconduz à hipótese da recepção implícita o fenômeno da aplicação de fato do contrato coletivo de direito comum.

Em conclusão, nem todo contrato coletivo deve necessariamente ter uma aprovação explícita em nível individual, já que normalmente as partes da relação de trabalho subordinado ou expressaram a sua aplicação no contrato individual, ou podem estar vinculadas ao contrato

coletivo por fatos concludentes, em consequência da sua aplicação pacífica, à qual, como visto, a jurisprudência vincula a presunção da recepção voluntária do contrato coletivo, seja este um contrato nacional de categoria, seja um contrato empresarial, ou de outro nível intermediário.

Se a teoria do mandato e as demais teorias de direito privado tiveram o mérito de iniciar a praxe da eficácia jurídica dos contratos coletivos, ressalta-se que a explicação tradicional da eficácia jurídica do contrato coletivo de direito comum não corresponde mais à dinâmica do fenômeno coletivo, ainda que permaneça de todo modo na base do reconhecido mecanismo de eficácia, tendo a jurisprudência desenvolvido critérios próprios para o reconhecimento da eficácia do contrato coletivo em relação a cada hipótese.

Uma explicação realista da eficácia concreta dos contratos coletivos pode vir diretamente da constatação da efetividade da aplicação da negociação coletiva por parte dos empregadores.

Em verdade, a contratação coletiva enquanto aplicada constitui, por si mesma, um dado idôneo para construir uma fonte de valor heterônomo.

Essa perspectiva é apenas aparentemente tautológica, pois basta se pensar à consideração dos usos como fonte de direito, os quais se tornam normas heterônomas justamente por força de serem aplicados consuetudinariamente.

A efetividade de um contrato pressupõe o consenso do empregador e dos trabalhadores quanto às condições de troca da prestação de trabalho, expresso em um acordo coletivo.

A adesão das partes é perceptível nas manifestações de adesão implícita à contratação coletiva que se torna efetiva enquanto aplicada, ainda que na ausência de pactos formais explícitos.

A tese da efetividade pressupõe o funcionamento da referência que as partes implícita ou explicitamente fazem à autonomia coletiva e serve para determinar o contrato coletivo ao qual as partes querem se referir.

Portanto, caso, como normalmente ocorre, o empregador e o trabalhador decidem no ato de admissão de regular a relação com base na contratação coletiva, o contrato de referência não poderá ser diverso daquele concretamente aplicado à unidade produtiva.

Tratando-se de uma relação de trabalho por prazo indeterminado, destinado a durar muitos anos, pode-se presumir que se esteja em presença de uma referência formal, e não material, isto é, uma referência evolutiva à contratação presente e àquela futura.

Tal teorização pressupõe uma noção de contrato coletivo não juridicizado, isto é, sem valor jurídico em si mesmo, mas que obtém o seu valor técnico, no plano legal, integrando-se no contrato individual por força da referência efetuada pelas partes.

O contrato coletivo, portanto, é um fato ao qual as partes consensualmente se referem por força de um acordo originário entre elas.

Na experiência jurídica italiana são muitas as fontes-fato às quais os contratos ou a própria lei fazem referência. O exemplo mais significativo pode ser a referência efetuada por contratos privados a um ordenamento estrangeiro, isto é, ao próprio fato da vigência das normas referidas naquele determinado ordenamento; pode ser considerada inclusive a hipótese de uma eventual revolução no ordenamento referido e, logo, a uma ruptura da legalidade daquele ordenamento, à qual a referência efetuada permanece de todo modo válida, limitando-se a considerar a efetividade da vigência da fonte fato, objeto da referência.

Nesse sentido, a adequação espontânea à evolução da contratação coletiva, e inclusive a eventual substituição de diversos agentes contratuais, não incidiriam na referência que é entendida como referência ao ordenamento intersindical, isto é, às suas praxes, à sua lógica interna e às revoluções que frequentemente ocorrem em seu interior, com o nascimento de novos sindicatos, a divisão de categorias preexistentes, o nascimento de contratos coletivos por profissão.

A efetividade de um contrato pode ser verificada historicamente, de modo que, se um determinado contrato, ainda que firmado por sindicatos importantes em um determinado contexto, não é idôneo para fazer cessar as ações de autotutela sindical e restabelecer o processo produtivo, não poderá se considerar esse determinado contrato coletivo efetivo naquela unidade produtiva; ao contrário, se um contrato, ainda que de dimensão empresarial, conseguir restabelecer a paz social, será esse último pacto coletivo que terá as características da efetividade.

Certamente, em nível empresarial, o princípio da efetividade é de evidência imediata, mas também em nível nacional pode ser verificado.

Se, na verdade, como resultado de uma ação de autotutela sindical pode-se registrar a estipulação de um novo contrato coletivo, a circunstância que milhares de trabalhadores retornem a seus postos de trabalho, retomando a troca de seu labor pela remuneração nas novas condições, torna-se o elemento caracterizador da efetividade desse novo contrato coletivo.

Em conclusão, a teoria da efetividade remete o fenômeno sindical às relações de força que estão na base do conflito industrial, de modo que o contrato de fato aplicável será aquele pacificamente adotado pelo empregador sob a premissa de que todos os trabalhadores tenham implicitamente se referido, inclusive através de fatos concludentes, ao sistema de contratação coletiva.

Eventuais dissidentes, ou trabalhadores associados a sindicatos diversos daquele que firmou o contrato aplicável, poderão apenas adotar ações de autotutela com o fim de obrigar o empregador a modificar o contrato, isto é, a alcançar um pacto diverso, cuja efetividade supere aquela do contrato indesejado; se retornarem ao trabalho, sancionarão a eficácia da contratação coletiva adotada pelo empregador.

A jurisprudência nesse ponto não é unívoca, já que nunca abandonou completamente a referência ao mandato sindical e, por isso, utiliza a lógica da referência prevalentemente de modo residual.

Mas essa técnica reconstrutiva que considera de todo modo em funcionamento o mandato implica que os associados ao sindicato signatário do velho contrato não estariam vinculados ao novo contrato firmado por um sindicato diverso, em especial se o novo contrato for menos favorável do que o anterior.

O problema consiste no fato de que a jurisprudência não recebeu, na teorização da referência efetuada pelas partes ao contrato coletivo, a circunstância de que este deve se colocar, não como negócio integrativo dos contratos individuais, mas sim como mera fonte-fato em relação à qual é indiferente quem são os agentes contratuais que a estipularam e, do mesmo modo, indiferente o dado da associação ao sindicato.

Enquanto, ao contrário, segundo a referida teoria, o contrato coletivo é um documento político e é, como visto, uma fonte-fato própria do ordenamento intersindical, a qual tem relevância no ordenamento geral apenas por meio do contrato individual que se refere às regras de tal ordenamento.

5. A JURIDICIZAÇÃO DO CONTRATO COLETIVO NA APLICAÇÃO AO CONTRATO INDIVIDUAL

A teoria supramencionada, por mim exposta no livro “A eficácia dos contratos coletivos no pluralismo sindical (publicado pela editora Franco Angeli, em 1989) se desenvolveu ao final

da crise econômica dos anos 70-80, que trouxe a possibilidade de contratos coletivos menos benéficos, e se completa com a teorização da referência individual à autonomia coletiva.

Essa perspectiva interpretativa parte da consideração de que a contratação coletiva tem um valor essencialmente político (e não um efeito normativo cogente), que adquire valor jurídico por ação dos indivíduos no plano privado, isto é, em razão da referência contratual que os trabalhadores e os empregadores efetuam ao conjunto do sistema de relações industriais, a cujas determinações visam adequar os respectivos contratos individuais.

Colocou-se o problema de como reagir à jurisprudência que, considerando o contrato coletivo incorporado no contrato individual, concebiam uma modificação apenas mais benéfica (*in melius*) das condições de trabalho.

Isso ocorria em particular com relação aos trabalhadores que, tendo se beneficiado dos contratos coletivos mais favoráveis, pois que associados ao sindicato, se desfiliam deste no momento em que ele era obrigado a firmar contratos coletivos menos benéficos, permanecendo assim o empregador (segundo a teoria do mandato) vinculado ao contrato coletivo anterior.

Caso se entenda que a referência expressa contratualmente (ou aquela presumida) é entendida como uma referência formal (e, logo, evolutiva), não se verifica nos contratos individuais o inconveniente (que, ao contrário, está presente na teoria do mandato) da incorporação da norma coletiva no contrato individual.

A incorporação é efeito da representação, por parte do sindicato, de cada associado, razão pela qual, entrando os pactos coletivos no contrato individual, o modificam de forma mais benéfica, mas com a modificação *in peius* da contratação coletiva, caso o trabalhador decida se desfiliar do sindicato, permaneceria beneficiado pelo tratamento econômico mais favorável, na medida em que incorporado em seu contrato individual.

Mas, ao contrário, segundo a teoria da referência, aquilo que o sindicato contrata, *in melius* ou *in peius*, produz efeito imediatamente em nível individual na constância do contrato individual de trabalho, o qual, deve-se presumir, contém uma referência incondicionada à contratação coletiva, sem o efeito da incorporação que torna inelástica a norma coletiva.

A dinâmica das relações industriais em um sistema de pluralismo sindical constitui, como visto, segundo a teoria de Gino Giugni, o denominado ordenamento intersindical e, portanto, a referência é considerada com relação, não tanto à contratação produzida pelo sindicato, mas àquela contratação que, independentemente de quais sindicatos a tenham firmado, pode-se dizer efetiva, pois que concretamente é aquela que em um determinado

momento histórico fixa a razão de troca entre trabalho e remuneração para uma determinada categoria.

Em conclusão, seja na teoria do mandato, seja na teoria da referência, são as relações de força entre sindicato e organização dos empregadores que determinam o conteúdo da contratação coletiva.

Mas os efeitos de tal contratação em relação aos trabalhadores se produzem, na teoria do mandato, segundo um mecanismo de representação, e, na teoria da referência, segundo uma expressa (ou presumida) cláusula de recepção dos resultados da contratação coletiva. Em ambas as teorias se misturam os conceitos de representação e representatividade, já que no substrato privado e individual das duas teorias se reconhece o fenômeno da representação, ao passo que na relevância generalizadora dessas teorias se coloca o problema da representatividade.

Os conflitos relativos à representatividade dos sindicatos ocorreram sobretudo em relação aos diversos níveis de contratação, na medida em que, em nível empresarial, se pretendia, por parte de um sindicato diverso, estabelecer regulamentações conflitantes com o contrato coletivo nacional.

A falta de coordenação no plano legal entre as fontes coletivas foi, por sua vez, resolvida segundo o princípio do *favor*, de modo que a contratação empresarial era admitida sempre para derogar *in melius* a contratação coletiva, inclusive fora de uma ligação entre organizações sindicais nacionais e empresariais.

O problema da validade e eficácia das fontes coletivas se relaciona com o da legitimação dos protagonistas do conflito sindical, já que se um contrato coletivo de nível inferior é legitimado para modificar, em um determinado âmbito, um contrato nacional, o concurso-conflito entre fontes reflete as respectivas divisões entre organizações sindicais ou entre níveis diversos da mesma organização.

A jurisprudência, inicialmente, enfrentou o problema utilizando o denominado critério hierárquico, para, em seguida coordená-lo com o critério denominado cronológico (segundo o qual a fonte a ser aplicada era de todo modo a mais recente independentemente do nível); outro critério elaborado pela jurisprudência foi o da especialidade (isto é, a fonte mais próxima à situação empresarial concreta era aquela a ser aplicada).

Por último houve a referência ao denominado critério de competência, o qual pode razoavelmente ser utilizado na hipótese de conflito apenas aparente entre as fontes coletivas e que é idôneo para explicar o mero concurso entre diversos contratos coletivos.

Mas as diversas técnicas hermenêuticas elaboradas pela jurisprudência, na verdade, se reduzem ao fato de que qualquer contrato firmado por associações sindicais abstratamente representativas é, por si mesmo, suscetível de aplicação e, portanto, capaz de gerar um conflito potencial em relação a contratos preexistentes com ele não conciliáveis ou até mesmo referidos a âmbitos não comensuráveis.

A experiência das estruturas progressivamente alcançadas nas relações industriais nos mostra como não seja tanto a filiação anterior a um sindicato a determinar a aplicação de um dado contrato coletivo a uma determinada unidade produtiva, mas sim o consenso dos trabalhadores que de fato vem a existir, inclusive com a aceitação implícita de determinadas condições de trabalho.

Na contratação coletiva, portanto, o problema da representatividade se coloca na via de fato, no sentido de que se deve considerar representativas as organizações sindicais capazes, ao final da estipulação de um contrato, de restabelecer a paz social e de fazer cessar as ações de autotutela.

Com efeito, caso, com a assinatura de um contrato, grupos significativos de trabalhadores prossigam com as greves, esse contrato, embora firmado, não pode ser considerado efetivo e, portanto, as associações que o estipularam não podem ser consideradas genuinamente representativas.

6. A SUBTRAÇÃO À DISCIPLINA LEGAL DAS TUTELAS LABORATIVAS EM FAVOR DO CONTRATO EMPRESARIAL

Falou-se até o momento dos mecanismos por meio dos quais a ação sindical adquire força jurídica em contratos que têm valor no ordenamento geral, mas esse último recorre ao sindicato não apenas para os fins atribuídos ao mesmo pelo artigo 39 da Constituição italiana, mas também para fins de adaptação e especificação da legislação do trabalho através da derogabilidade das leis por parte dos contratos coletivos.

Com efeito, no ordenamento italiano há um intercâmbio entre contratação coletiva e lei por meio do qual frequentemente a lei torna próprias as conquistas da autonomia coletiva, de modo que determinadas conquistas sindicais, uma vez recepcionadas pela lei, tornam-se inelásticas, ao passo que, em sentido oposto, o legislador recorre aos contratos coletivos para flexibilizar determinadas normas que a recepção em lei havia tornado inderrogáveis.

Coloca-se, assim, um problema de seleção dos contratos coletivos, já que, considerando o pluralismo sindical, o legislador permite que determinadas leis sejam derogadas, não por uma contratação coletiva qualquer, mas sim por aquela estipulada pelos sindicatos que o ordenamento considera mais confiáveis e, logo, mais representativos.

Com o Decreto Legislativo (DL) n. 138, de 13 de agosto de 2011 (convertido na Lei n. 148/2011), em seu artigo 8º, foram introduzidas normas de apoio à contratação coletiva de proximidade, isto é, à contratação empresarial ou territorial.

A nova disciplina prevê que os contratos coletivos estipulados em nível empresarial ou territorial por sindicatos comparativamente mais representativos no plano nacional ou territorial, inclusive por suas representações sindicais em nível empresarial, podem, em determinadas matérias, assumir eficácia *erga omnes*, derogando, não apenas a contratação coletiva nacional, mas também a lei.

A finalidade de tais contratos coletivos de proximidade é garantir uma maior ocupação, a adoção de formas de participação, a regularização do trabalho informal, o aumento da competitividade, a gestão das crises empresariais e o incentivo a novos investimentos.

As matérias que são objeto da eficácia *erga omnes* acima referida e do efeito derogatório são as seguintes: aparelhos audiovisuais e introdução de novas tecnologias, funções e qualificação, contratos por prazo determinado, contrato em regime de tempo parcial, horário flexível, solidariedade nas empreitadas e hipóteses de fornecimento de mão-de-obra, disciplina do horário de trabalho e toda a matéria relativa à disciplina da relação de trabalho, inclusive o trabalho parassubordinado e o trabalho autônomo.

Ademais, a contratação de proximidade pode abranger a derrogação do artigo 18 do Estatuto dos Trabalhadores (Lei n. 300/70), que prevê a reintegração no caso de dispensa injustificada do empregado, já que o artigo 8º, §2º, alínea “e”, do DL n. 138/2011 menciona expressamente a matéria relativa às consequências da rescisão do contrato de trabalho, excluindo apenas a dispensa discriminatória e a dispensa da empregada após o parto ou dos pais adotivos.

Para o alcance da mencionada eficácia particular dos referidos contratos de proximidade não é suficiente que estes sejam firmados pelos sindicatos comparativamente mais representativos, já que tais acordos devem ser validados com base em um critério majoritário e a lei nesse ponto refere-se expressamente ao acordo interconfederativo de 28 de junho de 2011.

O referido artigo 8, §3º, do DL 138/2011 estende a eficácia *erga omnes* aos acordos empresariais vigentes, anteriores ao acordo interconfederativo de 28 de junho de 2011, caso tenham sido aprovados pelos votos da maioria dos trabalhadores.

O voto da maioria dos trabalhadores, portanto, é necessário para a validação dos acordos anteriores ao acordo interconfederativo de 28 de junho de 2011, para o fim de lhes dar eficácia em relação a todos os empregados da empresa, mas a tais acordos anteriores não é reconhecida a possibilidade de derrogar a lei e se coloca o problema da sua relação com os contratos coletivos nacionais.

Para o futuro, ao contrário, o disposto no §1º e no §2º *bis* do artigo 8º, do DL n. 138/2011, prevê que o efeito derogatório do contrato de proximidade seja condicionado a que tal contratação ocorra de acordo com os procedimentos dos acordos interconfederativos vigentes (inclusive do acordo de 28 de junho de 2011), desde que tais acordos sejam firmados com base em um critério majoritário relativo às representações dos sindicatos comparativamente mais representativos.

Como se vê, trata-se de um critério absolutamente diverso em relação àquele prevista para a validação dos contratos anteriores ao acordo de 28 de junho de 2011, para os quais, como visto, é prevista a maioria dos trabalhadores.

O recurso a um critério de representação formal, ainda que garantido pela maioria das representações sindicais, na verdade, não resolve o problema, já que é abstratamente possível que uma associação sindical de profissão, portadora de interesses incomensuráveis em relação às representações majoritárias, possa com uma greve obrigar a empresa a uma contratação diversa (basta se pensar em uma ação de autotutela de um sindicato autônomo, por exemplo, dos altos empregados).

Outro problema concerne à contratação de proximidade territorial que, diferentemente daquela empresarial, não está sujeita ao critério majoritário, mas apenas ao requisito de os sindicatos signatários serem comparativamente mais representativos no plano nacional ou territorial.

Nesse caso se coloca sempre o problema de sindicatos autônomos capazes de impor uma regulamentação diversa com base em uma efetiva força sindical, mas talvez se coloque também o problema de um confronto entre os maiores sindicatos no caso de contratação separada.

CONCLUSÃO

A contratação coletiva nacional deve encontrar um novo papel, já que a distinção com base nas categorias mercadológicas referentes ao início do século passado (metalúrgicos, químicos, comerciários, etc.) não corresponde mais a agregações que compartilham o mesmo interesse coletivo.

Parece que a sua persistência seja devida mais à força de conservação das estruturas sindicais. Mas este não é o único problema na medida em que a função de valor máximo estabelecido do custo do trabalho no âmbito das empresas potencialmente concorrentes, tinha uma perspectiva nacional: evitar a concorrência sobre o custo de trabalho em um mercado prevalentemente nacional.

Hoje as empresas italianas estão em concorrência no mercado global e, logo, também essa função do contrato coletivo nacional se mostra notavelmente ofuscada.

Por outro lado, a lei refere-se cada vez mais à autonomia coletiva, que assume, portanto, um papel cada vez mais de direito público, enquanto, ao revés, resta cada vez mais abstrato o interesse coletivo descrito pelos contratos.

O objetivo maior é a reestruturação da contratação coletiva, que, nos diversos âmbitos, inclusive com maior atenção aos contratos de profissão, consiga recuperar a sua função de real representação de interesses.